J. pract.
315

J. pract. 315

Weber

Beiträge

zu der Lehre

von

gerichtlichen Klagen und Einreden

von

Dr. Adolph Dietrich Weber,

der Rechtsgelahrheit ordentl. öffentl. Lehrer, und Beisitzer der Juristen-Facultät und des Spruch-Collegii zu Kiel.

Schwerin und Wismar, in der Bödnerschen Buchhandlung, 1789.

Bayerische Staatsbibliothek München

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Inhalt.

Seite.

Vorerinnerung — Allgemeine Bemerkungen über die zweckmäßige Einrichtung eines besondern Vortrags der Lehre von gerichtl. Klagen und Einreden — Absicht der gegenwärtigen Arbeit ... 1

Erste Betrachtung. Von der gerichtlichen Rechtsverfolgung durch Klagen und Einreden überhaupt ... 15

Zweite Betrachtung. Ueber die Frage: Ob und in wiefern eine Handschrift, wogegen die Nichtigkeits-Klage bereits angestellt ist, den Executiv-Proceß begründen könne? ... 30

Dritte Betrachtung. Nachtrag zu der Lehre von Bürgschaften der Frauenspersonen ... 35

Vierte Betrachtung. Von der prouocatione ex Lege Diffamari, und ob solche auf die Erben übergehe? ...

Fünfte Betrachtung. 1) Ueber die Ric... einer abgetretenen Schuldforderung, und d... Regreßklage gegen den Cedenten; 2) Ueber die Einrede der nicht gehörig geschehenen Denunciation, und die Replick, daß die Vertretung von Seiten des Cedenten nichts würde geholfen haben. 3) Von der Entschädigung, welche derjenige, der eine unrichtige Forderung abgetreten hat, dem andern leisten muß, und ob solche nach den Grundsätzen von der eigentlichen Evictionsleistung zu beurtheilen sei ... 48

)(Sechste

Seite.

Sechste Betrachtung. Von der Einrede der Compensation, und den Rechtsmitteln, wodurch der Beklagte seine Gegenforderung klagend verfolgen kann, wenn er mit jener Einrede etwa abgewiesen sein sollte. — : 63

Siebente Betrachtung. Von der Paullianischen Klage in Ansehung einer, zum Nachtheil anderer Gläubiger, geschehenen Verpfändung : : : 84

Achte Betrachtung. Beitrag zu der Lehre daß der Dolus des Käufers den Uebergang des Eigenthums der verkauften Sache hindere, und dem Verkäufer berechtige, die verhandelte Sache mittelst der Eigenthums Klage zu verfolgen : : 95

Neunte Betrachtung. Einige Zweifel gegen Schmidts Theorie von der verschiedenen Wirkung der sogenannten condictionis ex chirographo, und der aus einer Handschrift angestellten Executivklage : 102

Vorer-

Vorerinnerung. — Allgemeine Bemerkungen über die zweckmässige Einrichtung eines besondern Vortrags der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden —; Absicht der gegenwärtigen Arbeit.

Nicht immer ist der Mensch geneigt, den Verbindlichkeiten, die ihm obliegen, gutwillig nachzukommen, und Andere im Genuß des Ihrigen ungestöhrt zu lassen. Bei aller Bestimmung der Rechte und Verbindlichkeiten, würden daher die Gesetze sehr mangelhaft sein, wenn sie uns keine Mittel an die Hand gäben, wie wir unsere Rechte gegen die Beeinträchtigung Anderer

geltend machen können. Mit der im aussergesellschaftlichen Zustande erlaubten Selbsthülfe kann der Zweck der bürgerlichen Gesellschaft nicht bestehen. Hier muß der Regel nach gerichtliche Hülfe gesucht, und keine Privatgewalt gebraucht werden. Ist es nun gleich auf der Einen Seite unverkennbare Pflicht der Gerichte, einen Jeden mit Nachdruck zu dem Seinigen zu verhelfen; so versteht es sich auf der Andern Seite gleichfalls von selbst, daß Niemand ungehört verurtheilt, sondern, wer von Andern in Anspruch genommen wird, mit seiner Vertheidigung zugelassen werden müsse. Beide Stücke sind es, womit sich die Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden näher beschäftigt. Sie ist ein praktischer Unterricht, wie man vor Gericht seine Ansprüche und Forderungen Zweckmässig anzubringen, oder auch gegen Andere sich zu vertheidigen hat. Also nicht bloß eine theoretische Darstellung der verschiedenen Mittel unsere Rechte zu verfolgen, oder gegen fremde Angriffe zu sichern, sondern auch zugleich

eine

eine praktische Anleitung, wie wir diese Rechtsmittel wirklich vor Gericht auszuüben, und in mancherlei vorkommenden Fällen, unter mehrern dabei eintretenden Klagen und Einreden, die gehörige Auswal zu treffen haben. Daß einem jeden Richter und Advocaten das Studium dieser Lehre unentbehrlich sei — obgleich die tägliche Erfarung bei hohen und niedern Gerichten Proben der Vernachlässigung liefert — ja, daß überhaupt Niemand, ohne diese Kenntniß, auf den Nahmen eines Rechtsgelehrten Anspruch machen könne, bedarf kaum einer Erinnerung. Das mühsamste theoretische Studium läßt uns in der Wissenschaft selbst doch sehr zurück, wenn es von der Erfarung und wirklichen Anwendung getrennt bleibt. Nichts kann wahrer sein, als was **Duwen** hierüber gesagt hat: Caetera, quae mutis vt aiunt, magiſtris, id eſt libris ediſci poſſunt ad eam rem neceſſaria, ſic deguſtauimus, vt operae in id impenſae non admodum nos poeniteat. Supererat *vſus fori*, ſine quo, vt vere dicam, nec

 ius

ius ciuile satis percipi, nec recte commodeque doceri posse, mihi videtur. Nam cum ad omnes artes perdiscendas, tum maxime ad iurisprudentiam, exercitatione et vsu opus esse, merito sapientissimus quisque semper iudicauit. (1). Ob nun gleich in dem eigent-

(1.) *Franc.* DUARENI *Epist. ad Fr. Balduin.* in Operib. p. 1105. Damit stimmt auch das Urtheil des Cicero überein: Nec medici, nec imperatores, nec oratores, quamuis artis præcepta perceperint, quidquam magna laude dignum, sine vsu & exercitatione consequi possunt. Lib. I. de off. c. 18. Vielleicht ist es zu unsern Zeiten nicht einmal nöthig, hiezu besonders aufzumuntern, indem ein gewisser Drang zur Gemeinnützigkeit dergestalt um sich gegriffen hat, daß der Geschmack an wissenschaftlicher Gründlichkeit immer mehr abzunehmen scheint, und bloße theoretische Spitzfindigkeiten es eben nicht sind, womit unsere Litteratur zu sehr überladen sein sollte. Ein neuer Schriftsteller sagt indeß sehr richtig: iis qui nil, nisi Meuii, Carpzovii, Brunnemanni, Strykii, scripta legenda esse veluti ex alta turri concionantur, atque de eorum, qui scripta elegantiorum Ictorum studiose legunt, salute, si Diis placet, desperant, bonam mentem opto, & ridicula ista capita

eigentlichen Vortrage des gemeinen bürgerlichen privat Rechts bei jeder Materie die damit verwandten Klagen erklärt werden, und überdem die Institutionen und Pandecten eigne, den Klagen und Einreden ganz gewidmete Titel, erhalten: So hat man doch aus guten Gründen vorlängst schon angefangen, die Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden sowol in Schriften, als auch mündlich besonders vorzutragen; theils wegen der damit zu verbindenden praktischen Ausarbeitung für Anfänger, theils aber, und zwar vorzüglich aus der Ursache, weil sie in den Lehrbüchern des bürgerlichen Rechts weder in dem

pita Decisiones, Responsa, & Consilia horride plerumque atque barbare scripta, tamquam vnicam filiolam fouere, atque amplexari facile patior. Per me istis liceat esse ineptis, *omni elegantia tamquam ueste*, vt cum Cicerone loquar, *detracta*. Hoc autem animo nostro sit infixum, eum demum in verorum Ictorum numerum esse referendum, qui solidam legum cognitionem cum usu forensi coniungit, atque utraque in re non mediocriter versatus est. Henr. WAGNER *Meditat. ad Boehmeri doctrin. de actionib.* P. I. p. 50.

Zusammenhange, noch in der Vollständigkeit vorkommt, wie es die gründliche Erlernung derselben erfordert; zumal da die gedachten besondern Titel kaum ein vollständiges Nahmen Verzeichniß von den Klagen und Einreden liefern, und, nach der dem Vortrage des ganzen bürgerlichen Rechts zugemessenen Zeit, unmöglich mit der nöthigen Ausführlichkeit abgehandelt werden können. Ein zweckmässiger Unterricht in dieser Lehre erfordert aber 1) eine richtige Darstellung der gerichtlichen Rechtsverfolgung durch Klagen und Einreden und deren verschiedenen Arten überhaupt; 2) eine vollständige Abhandlung der einzelnen Rechtsmittel insbesondere; und zwar dergestalt, daß 3) bei einer jeden Klage der **Grund**, der **Kläger**, der **Beklagte**, und das **Gesuch** genau bestimmt, alsdann aber auch die vorzüglichsten **Einreden**, welche dagegen Statt finden, angemerkt werden. Hiernächst erwartet man billig 4) eine genaue Entwickelung dessen, was in Ansehung des **Gerichtsstandes**, und 5) in Betreff des **Beweises** bei jeder Klage vorzüglich bemerkenswerth ist;

6) der

6) der Uebergang der Klagen auf Andere, theils durch Erbfolge, theils durch Cession, ist ein sehr wichtiger Gegenstand, worüber die allgemeinen Grundsätze, und deren Anwendung auf die besondern Rechtsmittel in einem gehörigen Vortrage dieser Materie nicht fehlen dürfen. Eben so hat man auch 7) die Concurrenz mehrerer Klagen, das Verhältniß derselben gegen einander, die Grundsätze von der Cumulation, imgleichen, wie die eine durch die andere aufgehoben wird; und endlich 8) die Dauer und Verjährung der Klagen gehörig auseinander zu setzen. Alles dieses ist nun in einer solchen Verbindung abzuhandeln, daß der angehende Praktiker dadurch desto leichter in Stand gesetzt werde, bei einer jeden Rechtsmaterie die verschiedenen Klagen, welche dabei eintreten, gehörig zu übersehen, und unter Mehreren eine vortheilhafte Auswal zu treffen. Das Letztere erfordert durchaus, daß der Vortrag nicht bloß auf eine trockene Abhandlung jeder einzelnen Klage vor sich beschränkt, sondern, daß auch in Ansehung der

sämmtlichen Klagen, welche bey einer Rechtsmaterie in Betracht kommen, vorzüglich ins Licht gesetzt werde, wie man nach Verschiedenheit der Verhältnisse bald die eine, bald die andere, leichter und kürzer ausführen könne. Ein vorzüglich wichtiger Theil des Unterrichts ist auch in diesem Betrachte 9) die Anzeige der Rechtsmittel, deren man sich zur Hülfe zu bedienen hat, wenn diejenigen Klagen, welche eigentlich und zunächst bei einer Rechtsangelegenheit eintreten, nicht mehr Statt finden, oder mit besondern Schwierigkeiten verknüpft sein sollten. Da übrigens der Unterricht, wenn er anders für Anfänger recht nutzbar werden soll, durchaus mit einer Uebung in Ausarbeitungen zu verbinden ist: So sind auch zu dem Ende 10) wol eingerichtete Formulare allerdings erforderlich, wobei sich von selbst versteht, daß sie den Regeln einer guten juristischen Schreibart gemäß, und überhaupt so eingerichtet sein müssen, daß sie zu unsern Zeiten noch als Muster empfohlen werden können. Bei aller Achtung für das Verdienst

der

der gelehrten Schriftsteller, welche die Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden bisher bearbeitet haben, getraue ich mich doch nicht zu behaupten, daß den obigen Forderungen durchgängig schon Genüge geleistet, und daß nicht hin und wieder noch eine nicht unbeträchtliche Lücke vorhanden sei. Stryck, Böhmer, Menke, und Schmidt haben viel Vortrefliches in dieser Materie geleistet; und vorzüglich hat der Letztere an Vollständigkeit in Ansehung der einzelnen Klagen und Einreden, seine Vorgänger sehr übertroffen. Doch scheint es mir, daß das von ihm mit vieler Sorgfalt abgefaßte, und einen Schatz der neuern Litteratur enthaltende Lehrbuch noch ungleich brauchbarer, und zweckmässiger sein würde, wenn der gelehrte Verfasser auf einige Dinge, woran dem angehenden Praktiker vorzüglich gelegen ist, noch etwas mehr Rücksicht genommen hätte. Dahin rechne ich zuvörderst die genaue Bestimmung dessen, was bei den vorkommenden Klagen eigentlich zu beweisen ist. Menke kann hierin, bei den wenigen Klagen, die er abgehandelt hat,

zum Muster dienen. Hiernächst hätte der Gerichtsstand, wohin die Klage gehört, bei den einzelnen Rechtsmitteln nicht gänzlich ausser Acht gelassen werden sollen. Auch in dieser Hinsicht berufe ich mich auf das angeführte Menkensche Lehrbuch. Beide Punkte sind aber in dem Unterrichte für Anfänger um so mehr von der größten Wichtigkeit, da sie in dem Vortrage der Pandecten bei Weitem nicht in der Vollständigkeit, wozu hier Gelegenheit ist, vorkommen. Man pflegt gemeiniglich die Vorlesungen über die Klagen und Einreden, als eine nützliche Wiederholung des ganzen gemeinen bürgerlichen Privatrechts, zu empfehlen. Das ist auch allerdings gegründet. Nur sollte man diese Wiederholung nicht zu eigentlich nehmen, den Zuhörer nicht bloß mit Sachen, die er in den Institutionen und Pandecten bereits vernommen hat, (vielleicht noch unvollständiger, als dort) unterhalten; man sollte suchen, ihn immer weiter zu führen, und vorzüglich diejenigen Wahrheiten, welche in den theoretischen Vorlesungen entweder gar nicht, oder

nicht

nicht ausführlich genug vorgekommen sind, genauer zu entwickeln. Ganz vorzüglich gehört dahin die den Anfängern so nöthige Anleitung, unter mehrern verwandten Klagen die vortheilhafteste, nach Beschaffenheit der Umstände, zu wählen. Die Gesetze selbst haben an mehr, als einer Stelle, dergleichen sorgfältige Auswal, und deshalb anzustellende Prüfung einzuschärfen gesucht. (2) In dem Schmidtschen Lehrbuche findet man nun zwar die verschiedenen Klagen, welche zu einer Rechtsmaterie gehören, in Verbindung abgehandelt; allein vielleicht wäre es doch nicht undienlich gewesen, wann der Verfasser sich etwas bestimmter auf solche Punkte eingelassen hätte, wodurch

(2) L. 5. §. 4. L. 17. pr. L. 18. L. 19. de Præscr. Verb. L. 24. D. de R. V. Der Kaiser Justinian macht denen, welche sich in dieser Absicht einer Unterlassungs-Sünde schuldig machen, ein Compliment, welches nicht beneidenswehrt ist: Sederit stultissimus, si omissa actione, qua facillime solidum ex contractu consequi possit, se ad difficultatem perducat, probandi in rem domini versum esse, vel habere seruum peculium, & tantum habere, vt solidum sibi solui possit. §. 5. *I. Quod cum eo, qui in al. potest.*

durch eine Klage vorzüglich mit mehrern, oder mindern Schwierigkeiten verknüpft ist, als die andere. In der sogenannten aussergerichtlichen Rechtsgelahrheit, und den zur willkührlichen Gerichtsbarkeit gehörenden Materien haben wir bekanntlich über die Cautelen Werke von entschiedenem Werthe aufzuweisen. In Rücksicht auf das gerichtliche Verfahren ist dieser Theil der juristischen Litteratur nicht so gut bearbeitet. Tönnickers dreifacher aduocatus prudens, und einige andere Werke dieser Art, werden meine Behauptung wol nicht widerlegen. In dem praktischen Unterrichte von gerichtlichen Klagen und Einreden wäre hierauf eine gedoppelte Rücksicht zu nehmen. Einmal in Ansehung der zweckmäßigen Auswal der vortheilhaftesten Rechtsmittel, und zweitens in Ansehung der vorsichtigen Einrichtung des Vortrags selbst, um die Erreichung unsers Zwecks zu erleichtern, und etwa zu befürchtenden Chikanen des Gegners vorzubeugen. Der mündliche Vortrag kann hier freilich viel ergänzen; doch würde es ungleich grössern Nutzen stiften,

stiften, wenn die Lehrbücher selbst eine nähere Anleitung dazu enthielten. Der Versuch eines vollständigen Handbuchs der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden ist schon seit einigen Jahren mein Vorsatz gewesen. Andere Arbeiten haben aber bis jetzt noch die Ausführung behindert. Da ich indeß diese Lehre von Zeit zu Zeit mündlich vortrage, und theils die Vorbereitung zu den Lehrstunden, theils aber meine praktischen Berufsgeschäfte mir häufig Gelegenheit geben, manche Begriffe und Grundsätze bei wiederholter Prüfung nach meiner Ueberzeugung zu berichtigen, manche Fehler bei Richtern und Sachwaltern zu entdecken, und den Mängeln des gerichtlichen Verfahrens bis auf die erste Quelle, in dem fehlerhaften Zuschnitte der Rechtssachen, nachzuspühren: So bin ich dadurch in den Stand gesetzt, vorläufig einige Beiträge zu der gedachten Lehre zu liefern. Ob sie es verdienten, dem Druck übergeben, und dem gelehrten Publico vorgelegt zu werden, mögen die Kenner beurtheilen. Meinen Zuhörern glaube ich noch insbesondere durch

diese Arbeit einigen Nutzen zu verschaffen; weil ich theils manche Stelle des Schmidtschen Lehrbuchs, worüber ich lese, näher zu erläutern, nach Gründen, die mir hinreichend schienen, zu berichtigen, oder gegen abweichende Meinungen zu vertheidigen, theils aber gewisse wichtige Materien etwas ausführlicher, als es der mündliche Vortrag, nach den Gränzen seines Sechsmonathlichen Zeitraums, gestattet, zu entwickeln, und dadurch dem Privatfleisse meiner Zuhörer zu Hülfe zu kommen, gesucht habe. Um auch den Zweck einer praktischen Erläuterung desto besser zu erreichen, habe ich bei einigen Betrachtungen, wozu wirkliche Rechtsfälle die nächste Veranlassung gegeben haben, eine kurze Geschichtserzälung solcher Fälle vorangeschickt, auch die Rechtssprüche der hiesigen Facultät hinzugefügt.

Erste Betrachtung.

Von der gerichtlichen Rechtsverfolgung durch Klagen und Einreden überhaupt.

In dem Schmidtschen Lehrbuche (3) kommen folgende Begriffe vor: „Die Verfolgung „des Rechts in einem bürgerlichen State ist „nichts anders, als eine Handlung, wodurch derjenige, der ein vollkommenes Recht hat, den „andern, daß er demselben gemäß lebe, durch die „gesuchte Hülfe der Obrigkeit zwingt. Dieses „geschieht entweder so, daß er des Rechts hal„ber den Andern vor der Obrigkeit belanget, oder „so, daß er deßhalb daselbst wider die Absicht sei„nes Gegners sich vertheidigt; Im ersten Fall „spricht man, daß er mittelst einer Klage — per „modum actionis — im andern Fall aber, „daß er mittelst einer Einrede — per modum „exceptionis — sein Recht verfolge." Vielleicht hätten die unterscheidenden Merkmale der Rechtsverfolgung mittelst einer Klage, wol etwas genauer, als durch den gleich bedeutenden Ausdruck: Jemanden vor Gericht belangen, bestimmt werden mögen. In der Folge heißt es nun

(3) Joh. Ludw. Schmidt praktisches Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden, dritte Ausgabe §. 9. 11. 15.

nun weiter: „Eine gerichtliche Klage ist nichts „anders, als ein Rechtsmittel, wodurch man sein „vollkommenes Recht wider Jemand vor dem ge„hörigen Richter verfolgt". Dieß kommt zwar mit der gesetzlichen Definition überein; jedoch nach den allgemeinen Begriffen, wovon der Verfasser ausgeht, scheint es mir nicht befriedigend. Denn eben dasselbe, was hier von der Klage gesagt wird, trift auch, nach des Verfassers eigenen Ausdrücken, bei den Einreden zu. Nicht weniger unbestimmt ist Folgendes: „Der Kläger „ist überhaupt derjenige, welcher ein vollkomme„nes Recht vor dem Richter wider Jemand ver„folgt; der Beklagte hingegen, welcher wider das „vollkommene Recht, so vor dem Richter gegen „ihn verfolgt wird, sich zu vertheidigen sucht." Wie aber, wenn er gar nicht auf das gegenseitige Anbringen antwortet, sich nicht zu vertheidigen sucht, sondern, wie man sagt, die Sache in contumaciam gehen läßt? — Vielleicht hat der bekannte Grundsatz: Reus excipiendo fit actor, den Verfasser veranlasset, die Begriffe so allgemein zu bilden, daß sie darüber ziemlich unbestimmt geblieben sind. In L. I. D. de Except. heißt es zwar: Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: Allein, daß dieser uneigentliche Ausdruck nur in Ansehung des Beweises zu verstehen sei, welchen der Beklagte, wenn er Einreden vorschützt, eben so wie der Kläger, wegen des Klagegrundes, übernehmen muß, ist

bekannt genug. (4). Sonst aber sagen die Gesetze ausdrücklich: actionis verbo non continetur exceptio; L. 8. §. 1. D. de Verb. Signif. Es war daher nicht nöthig, wegen jener uneigentlichen Benennung, und weil die Einreden bloß beiläufig in einem Betrachte mit der Klage überein kommen, den Begrif der letztern so zu bilden, daß man sie von jenen gar nicht unterscheiden kann. Richtiger sagt man daher wol: Die gerichtliche Rechtsverfolgung, im weitesten Sinne, ist eine **Handlung, wodurch wir unter Obrigkeitlichen Beistand des Unsrigen theilhaft zu werden, und ungerechte Anmassungen Anderer abzulehnen suchen.** Man kann aber seine Rechte vor Gericht anbringen

einmal zu dem Ende, damit ein Anderer verurtheilt, und durch gehörigen Zwang angehalten werde, uns etwas zu leisten, und von eigenmächtiger Vorenthaltung oder Störung des Unsrigen abzustehen;

zweitens bloß in der Absicht, um einen Anspruch, welchen Andere an uns gerichtlich gemacht haben, dadurch von uns zu entfernen; — Jenes

(4) L. 19. D. de Probationib. in den Worten: In exceptionibus dicendum est, *reum partibus actoris fungi deber. ut puta* si pacti conuenti exceptione vtatur, *docere debet* pactum conuentum factum esse — —
Fratr. Becmannorum Consil. & Decis. P. I. Cons. 7. n. 68.

nes geschieht mittelst der Klagen; dieses durch die Einreden. (5). Um aber das Unterscheidende dieser beiden Hauptarten der Rechtsverfolgung gehörig zu übersehen, bemerken wir Folgendes:

I.) Wer ein gewisses Recht mittelst einer Einrede vor Gericht anbringt, kann auf diesem Wege nichts mehr, als die Abweisung des Klägers, es sei gänzlich oder zum Theil, bewirken. (6). Die Behauptung Leysers, daß der Kläger bloß auf die von dem Beklagten vorgeschützten Einreden nicht nur mit seiner Klage abgewiesen, sondern auch überdem dazu angehalten werden könne, die Gegenforderung des Beklagten

(5) Es ist hier nicht nöthig die Widerklage als eine besondere Art der Rechtsverfolgung auszuführen; da das, was im Wesentlichen von der Klage überhaupt gilt, und wodurch sie sich von der Rechtsverfolgung durch Einreden auszeichnet, bei der Widerklage ebenfalls Rechtens ist.

(6) Omnis exceptio ordinata est ad finem *repellendi*, non etiam ad finem *consequendi*. ZANGER de Except. P. 3. c. 26. n. 30. Hier ist übrigens nur davon die Rede, daß der Kläger auf eine bloße Einrede des Beklagten zu nichts in der Hauptsache verurtheilt werden könne. Was im übrigen die Verurtheilung des Klägers in Ansehung der Proceßkosten, der Widerklage, u. d. m. betrift, davon siehe Claproth im ordentl. Proc. §. 207.

ten völlig zu erfüllen (7); diese Behauptung widerstrebt 1) der Natur der Einreden, weil selbige nur die Vertheidigung des Beklagten zur Absicht haben. Wenn hingegen der Beklagte noch überdem von dem Kläger selbst etwas zu fordern hat: So muß er deshalb richterliche Hülfe suchen; unverlangt kann diese nach aller Analogie des Verfahrens in Civilsachen nicht eintreten. 2) Klare Vorschriften der Gesetze bestätigen unsern Satz: Exceptio dicta *est quasi quaedam exclusio*, quae opponi actioni solet ad *excludendum id*, quod in intentionem condemnationemve deductum est — Illud tenendum est, omnem exceptionem uel replicationem *exclusoriam* esse. L. 2. pr. §. 2. D. de Exceptionib. — Spoliatione in Modum *exceptionis* tantum probata, non est per hoc *restitutio facienda*; quemadmodum si in modum exceptionis aliquod crimen testi obiicitur & probatur; non ideo ipsi poena infligitur. Cap. 2. X. de ord. cognit. Die letztere Stelle ist hier besonders merkwürdig, weil vermöge derselben sogar das Spolium, wenn es mittelst einer Einrede angebracht wird, keine Verurtheilung zur Wiedererstattung, sondern nur die Abweisung des Klägers nach sich ziehen soll. (8). Hieraus beantwortet sich auch die Frage von selbst.

B 2 II.) Wann

(7) Leyser Spec. 468. Med. 37.

(8) Das Argument, welches Leyser aus dem §. 34. I. de Actionib. hernehmen will, paßt hier eigent-

II.) Wann es vortheilhafter sei, die eine, oder die andere Art der Rechtsverfolgung zu ergreifen? Der Beklagte, dem daran gelegen ist, daß sein Gegner zu dieser oder jener Leistung verurtheilt werde, muß den Weg der

Klage

eigentlich nicht. Es heißt daselbst, daß der Richter den Beklagten in eine größere Summe verurtheilen könne, wenn der Kläger etwa aus einem Irthum, dem der Richter von Amts wegen abhelfen dürfte, zu wenig gefordert hätte. Daraus folgt aber nicht, daß der Richter den Kläger auch zu einer gewissen Leistung verurtheilen könne, wann die Gegenforderung, woraus der Beklagte vorjetzt nur eine Einrede hernimmt, eigentlich mehr, als bloße Abweisung des Klägers mit sich bringt. Denn in jenem Falle hatte der Kläger zwar aus Versehen zu wenig gefordert, im Ganzen aber doch seine Absicht, daß er durch obrigkeitliche Hülfe die wirkliche Leistung des Schuldigen vom Beklagten verlange, durch das Anbringen der Klage deutlich erklärt. Hier aber hat der Beklagte mittelst der vorgeschützten Einrede selbst nicht mehr verlangt, als daß der Kläger mit seiner Klage zur Ruhe verwiesen werden möchte. Er hätte freilich sein Recht auch klagend verfolgen können; allein da er dieß wirklich nicht gethan, vielleicht auch aus guten Ursachen mit Fleiß zur Zeit unterlassen hat: So ist kein Grund abzusehen, welcher den Richter berechtigen könnte, über den eigentlichen Antrag des

Beklagten

Klage erwählen. (9). Glaubt er aber, sich dabei beruhigen zu können, wenn bloß dem Kläger die rechtliche Hülfe versagt wird: So ist die Verfolgung des Rechts durch Einreden nicht nur hinreichend, sondern sie kann auch rathsamer und vortheilhafter sein, weil

III.) die Klage der Verjährung unterworfen ist, hingegen die Einreden des Beklagten vor angestellter Klage durch keine Verjährung eingebüßt werden, obgleich der

Beklagten hinauszugehen. L. 14. C. de Sentent. & interlocut.; kommt der Behauptung Leysers eben so wenig zu Statten; weil daselbst im Allgemeinen nur verordnet ist, daß der Kläger auch von demselben Richter, bei welchem er geklagt hat, verurtheilt werden könne; das Gesetz sagt aber nicht, daß eine solche Verurtheilung auf bloße Einreden des Beklagten zuläßig sei. Es ist daher nicht unwahrscheinlich, wenn andere Rechtslehrer annehmen, daß die erwähnte Stelle eigentlich den Fall einer angestellten Widerklage zum Vorwurf habe, wie solches die gleich darauf folgende Auth. Ex consequenter &c. &c. andeutet. Stryck de Reconuent. c. I. §. 10. *Fratr.* Becmannor. Consil. & Dec. P. I. Cons. 7. n. 68.

(9) L. 18. §. 4. *D. Commodati* in den Worten: Fieri poteſt, vt amplius eſſet, quod inuicem aliquem conſequi oporteat; — dicemus, *neceſſariam eſſe contrariam actionem.*

Vertrag derselben im Lauffe des Processes der Regel nach an gewisse Zeiten gebunden ist. Dieß ist der Natur der Sache und den Vorschriften der Gesetze (10) so gemäß, daß die abweichende Theorie einiger Rechtsgelehrten sich dagegen nicht behaupten kann. Diese halten dafür, daß in den Fällen, wo die Einrede des Beklagten ein Recht betrifft, welches er klagend hätte verfolgen können, auch die Einrede binnen eben der Zeit verjährt werde, nach deren Ablauf das Recht zu klagen aufhört. (11). Wenn also ein Käufer binnen

(10) L. 5 C. de Exceptionib. Licet vnde vi *interdictum* intra annum locum habeat, tamen *exceptione perpetua* ſuccurri, ei, qui, per vim expulſus, poſt retinuit poſſeſſionem, auctoritate iuris manifeſtatur —. *L* 5. §. *fin. D. de doli mali et met. exceptione.* Non ſicut de dolo *actio* certo tempore finitus, ita etiam *exceptio* eodem tempore danda eſt. Nam haec *perpetuo* competit, *quum actor quidem in ſua poteſtate habeat, quando vtatur ſuo iure; is autem cum quo agitur, non habeat poteſtatem, quando conueniatur.* Man sehe auch L. 8. und 9. C. de Exceptionib.

(11) Mevius P. 3. *Deciſ.* 333.
Vinnius ad §. 8. I *de Actionib.*
Hopp *Comment. ad Inſt.* ebendas.
Mylius *de remediis, quae per modum actionis et exceptionis proponi poſſunt* Cap. 4. n. 6 beim *Zanger* de *Exceptionib.* T. 2.
J. A. Sinner de actione reſciſſoria; Trai.

binnen der gesetzlichen Frist die redhibitorische Klage nicht angestellt hat: So soll er auch in der Folge dem klagenden Verkäufer die Einrede der fehlerhaften Sache nicht mehr entgegen setzen können, der unrechtmäßig enterbte Notherbe, nach Ablauf von fünf Jahren, sich der Einrede des pflichtwidrigen Testaments nicht mehr bedienen dürfen; u. d. m. Man beruft sich, um diese Theorie zu rechtfertigen, darauf, daß in diesen, und ähnlichen Fällen, der bekannte Grund nicht Statt finde, weshalb sonst die Einreden vor angestellter Klage keiner Verjährung ausgesetzt sind; weil nämlich der Beklagte allerdings berechtigt war, sein Recht früher zu verfolgen. Allein daß dieses Argument den Gesetzen zuwider sei, ergiebt sich aus den in der Note 10. angeführten Worten dar L. 5. §fia D. de doli mali & met. except. ziemlich klar; (12) und ich finde daher desto weniger Bedenken, ohne Unterschied anzunehmen, daß den Einreden des Beklagten eigentlich keine Verjährung entgegen gesetzt werden könne, wenn gleich die Zeit, binnen welcher der Beklagte sein

 Recht

Traj. ad Rhen. 1697. §. 46. **Schmidt** practisch. Lehrb. §. 129.

12) Diese Stelle enthält auch nicht, wie Schmidt a. a. O. behaupten will, eine bloße Ausname; sondern aus den übrigen Gesetzen, und aus Gründen, die sogleich weiter vorkommen werden, erhellet deutlich genug, daß darin eine Anwendung dessen, was die Regel mit sich bringt, enthalten sei.

Recht klagend verfolgen durfte, bereits gänzlich verstrichen sein sollte. (13). Denn Niemand kann durch die Verjährung mehr Recht verlieren, als er wirklich versäumt hat. Wenn nun die Gesetze den gerichtlichen Klagen eine gewisse Dauer bestimmt haben: So kann auch derjenige, der binnen der gesetzlichen Frist nicht klagt, durch diese Vernachläßigung auch nichts mehr, als die Befugniß zu klagen einbüssen. Nun wird aber durch die sogenannte auslöschende Verjährung, von welcher hier nur die Rede ist, nicht sowol das Recht und die Verbindlichkeit an sich, als vielmehr nur die gerichtliche Verfolgung durch Klagen ausgeschlossen (14); folglich muß auch wegen der an sich nicht aufgehobenen Verbindlichkeit so lange eine Einrede Statt finden, bis man Gesetze beibringt, welche das Gegentheil verordnen. Sonst läßt sich die Vernachläßigung einer Einrede nicht eher gedenken, als nachdem der Gegner wirklich mit einer Klage aufgetreten ist. Einige Einwürfe haben wir noch zu beantworten. In L. 9. §. 4. D. de iureiurando heißt

(13) Einstimmig mit FABER in Cod. Lib. 2. Tit. 35. Defin. 4. CARPZOV Resp. 96. Lib. 2. n. 1. 2. *Hugo* DONELL in Comment. iur. ciuil. Lib. 22. c. 2. in fine. HOMMEL Rhapsod. Quaest. Obs. 481.

(14) **Meine Systematische Entwickelung der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit § 92.**

heißt es: Si minor viginti quinque annis detulerit, & hoc ipſo captum ſe dicat, aduerſus exceptionem iurisiurandi replicari debet; vt Pomponius ait. Ego autem puto hanc replicationem non ſemper eſſe dandam, ſed plerumque ipſum Prætorem debere cognoſcere, an captus ſit; & ſic in integrum reſtituere; nec enim vtique, qui minor eſt, ſtatim & circumſcriptum ſe docuit. *Praeterea exceptio iſta ſtatutum tempus poſt annum XXV. non debet egredi.* Hier iſt aber nicht ſowol von dem Beklagten, und deſſen Einreden, als vielmehr von der Replik des Klägers die Rede. Dieſe wird zwar ſonſt den Einreden an die Seite geſetzt (15); allein in dem Falle, wovon das angeführte Geſetz handelt, iſt der Unterſchied ſehr einleuchtend. Ein Minderjähriger hatte die rechtliche Beſtimmung einer gewiſſen Angelegenheit auf den Eid ankommen laſſen. Dieſer war gegen ihn geleiſtet worden. Gleichwol ſuchte er in der Folge ſein Recht klagend zu verfolgen, und die Einrede des Eides durch die Replik zu entkräften, daß er als Minderjähriger den Eid zugeſchoben, und dadurch eine Verletzung

 erlitten

(15) Replicatio eſt contraria exceptio, quaſi exceptionis exceptio. L. 22. §. 1. L. 2. §. 1. D. *de Exceptionib.* und in L. 6. C. *de Exceptionib.* heißt es daher auch: Si pactum interceſſit, in exceptione ſine temporis præfinitione de dolo replicare potes.

erlitten hätte. War nun die gesetzliche Zeit, binnen welcher die Handlung eines Minderjährigen nach erlangter Großjährigkeit noch angefochten werden darf, bereits verstrichen: So ward ja diese Replik sichtlich dazu gemißbraucht, um eine schon verjährte Klage durchzusetzen; welches nicht ohne rechtlichen Grund verworfen ward. Hievon kann also auf die Einreden, deren sich der Beklagte zu seiner Vertheidigung bedient, wol nicht geschlossen werden. Eine andere Stelle, worauf man sich zu berufen pflegt, ist L. 30. § 6. D. de Peculio: In dolo obiiciendo temporis ratio habetur; fortassis enim post tempus de dolo actionis non patietur dolum malum obiici Prætor; quoniam nec de dolo actio post statutum tempus datur. Man darf aber nur die nächstvorhergehenden, und nachfolgenden Worte dieses Gesetzes, in Verbindung mit *L. 21. D. de peculio* nachlesen; zum Ueberfluß aber, was Faber und Cujatz darüber gesagt haben, zu Rathe ziehen (16), um sich zu überzeugen, daß diese Stelle keinesweges von den Einreden des Beklagten, sondern von dem Falle, wo des doli halber geklagt ward, zu verstehen sei. In *L. 8. § 13. D. de inofficioso testamento* heißt es endlich: Si filius exheredatus sit in possessione hereditatis, scriptus quidem

(16) Faber *Rational* ad L. 30. §. 6. de Peculio. Cuiacius ad L. cit. und L. 17. D. *de dolo malo.*

quidem heres petet hereditatem; filius uero in modum *contradictionis* querelam inducat, *quemadmodum ageret si non possideret, sed peteret.* Die letztern Worte bezeichnen den Inhalt des gerichtlichen Antrags; hingegen von einer bestimmten Zeit, binnen welcher die Einrede nur gebraucht werden könnte, enthält der Ausdruck des Gesetzes nichts; und es bleibt daher bei dem, was nach obigen Vorschriften, und Gründen der Analogie, zur Regel dienen muß. In gewissem Betrachte macht die bekannte Einrede nicht bezahlten Geldes eine Ausnahme davon; obgleich gegen den Satz, daß diese Einrede nach Ablauf der gesetzlichen Zeit gar nicht mehr zuläßig sei, bekanntlich noch wichtige Erinnerungen Statt finden, worauf ich mich jedoch hier nicht einzulassen habe (17).

IV.) Vorzüglich zeigt sich das Vortheilhafte der Rechtsverfolgung durch Einreden, bei solchen Ansprüchen, derentwegen die Befugniß zu klagen entweder gar wegfällt, oder doch zum Zweck einer völligen Befriedigung nicht zureicht; wobei

(17) Man sehe indeß **Neurers** Sammlung juristischer Aufsätze I. Th. S. 29. f. und C. A. von **Braun** Abhandlung: **Ob es eine bloß eingebildete Billigkeit sei, wenn die Rechtsgelehrten nach zwei Jahren den Beklagten mit der Ausflucht des nicht bezahlten Geldes zulassen?** beim Siebenkees im jurist. Magazin 1 Th.

wobei man sich zur nähern Erläuterung nur an die eingeschränkte natürliche Verbindlichkeit erinnern darf. (18). Ueberhaupt aber kann man auf diesem Wege

V.) nur solche Rechte geltend machen, mit denen der Anspruch des Klägers, seiner jetzigen Intention gemäß, nicht bestehen kann. Dieß nun vorausgesetzt, wie es die Natur der Sache schon mit sich bringt; so geht die Befugniß, welche der Beklagte mittelst einer Einrede anbringt, entweder zunächst dahin, daß er dasjenige sich zueignen dürfe, was der Kläger von ihm fordert; oder daß der Kläger zuvörderst etwas zahlen oder leisten solle, was der Beklagte mit vollkommenen Rechte von ihm zu fordern hat. Im ersten Fall gilt die Regel: Possidentes exceptionem, non possidentes actionem habemus. L. 52. D. de adquirendo rer. domin.; im zweiten Falle aber heißt es: Quod contraria actione consequi quisque potest, id etiam directa actione conuentus, per exceptionem vrgere potest. L. 18 §. fin. D. commodati. Wenn aber die gegenseitigen Forderungen in Ansehung der Personen oder Gegenstände nicht in dem vorausgesetzten Verhältnisse stehen; wenn das Recht des Beklagten die Forderung des Klägers an sich nicht aufhebt oder mindert,

(18) L. 51. D. de condict. indeb. L. 9. pr. D. *de Compensat.* Mehrere Beispiele liefert Cuiacius Lib. XVIII. Obs. c. 10.

mindert, wenn es mit dem Gegenstande der Klage in keiner solchen Verbindung stehet, wie sie das Retentionsrecht erfordert (19): So ist auch die Rechtsverfolgung mittelst einer Einrede, der Regel nach, nicht nur unzuläßig (20); sondern auch der Beklagte, welcher ohne Beistand der Rechte dem Kläger das Seinige vorenthält, zur Vergütung alles daher entstandenen Schadens verbunden (21). Eine Ausnahme von dem bisher Angeführten enthält 1) die Verordnung L. un. C. etiam ob chirographar. caus.; wornach der besitzende Pfandgläubiger auch wegen anderer Forderungen, wofür die Sache eigentlich nicht verpfändet ist, dennoch das Zurückbehaltungs-Recht ausüben darf. (22). Auch kann bekanntlich 2) das Spolium einer jeden Klage, wenn es gleich mit dem Gegenstande derselben keinen Zusammenhang hat, dennoch gültig entgegen gesetzt werden. (23).

Zweite

(19) G. L. Boehmer *de iure retentionis* §. 9. in *Elect. iur. ciu.* Tom. 2. p. 629. seq.

(20) L. 5. D. *de dote praeleg.* L. 5. C. *in quib. caus. pign. vel hyp. tacite contrah.* L. 4. *C. commodati* &c. G. L. Boehmer c. l §. 13.

(21) Mevius P. 2. Dec. 214. n. 4. Carpzov P. 1. Decis. 66. n. 2. Gail Lib. 2. Obs. 12. n. 5. Boehmer c. l. §. 14.

(22) Boehmer a. a. O. §. 12.

(23) J. H. Boehmer I. E. P. Lib. 2. Tit. 13. §. 15. obgleich Mev. P. 4. Dec. 70. gewissermaßen das Gegentheil behauptet.

Zweite Betrachtung.

Ueber die Frage: Ob und in wie fern eine Handschrift, wogegen die Nichtigkeits-Klage bereits angestellet ist, den Executiv-Proceß begründen könne?

Eine Ehefrau hatte über den Empfang eines Darlehns eine Schuld- und Pfandverschreibung ausgestellt. Sie gab aber vor, daß nicht sie, sondern ihr Ehemann der eigentliche Schuldner sei, dem der Gläubiger das Geld angeliehen hätte, und trug daher, mittelst Anstellung der Nichtigkeits-Klage darauf an, daß die gedachte Handschrift, sammt der darin enthaltenen Verpfändung, für ungültig erklärt werden möchte, indem die darunter verborgene Interceßion für ihren Ehemann, den Rechten nach, nicht bestehen könnte. Der Beklagte widersprach dem erwähnten Vorgeben nicht nur, sondern stellte auch gegen die Klägerin aus mehrgedachter Urkunde die Widerklage an. Es ward erkannt, daß die Klägerin den angegebenen Grund ihrer Klage zu beweisen schuldig; die Widerklage hingegen bis zur geendigten Conventions-Sache auszusetzen sei. Der Beklagte ergriff hingegen ein Rechtsmittel, worauf die gerichtlichen Verhandlungen an die hiesige Facultät

cultät gelangten. Das vorige Erkenntniß ward bestätigt. Denn obgleich eine Frauensperson alle übrige Verträge, und Rechtsgeschäfte, wobei keine fremde Verbindlichkeit übernommen wird (24), gültig eingehen kann; mithin auch aus dem Darlehne an sich eine vollgültige Klage gegen Frauenzimmer Statt findet (25): So ist es doch auch eben so gewiß, daß eine in der That geschehene Intercesßion der Ehefrau dadurch keinen rechtlichen Bestand gewinne, daß man sie zum Scheine in die äußere Form eines andern Handels eingekleidet hat; (26) folglich mußte auch die Klägerin

(24) J. A. HELLFELD Commentatio *de intercessione mulierum et Senatus consulto Velleiano; in opuscul. iur.* ciu. n. 14.

(25) Car. Frid. WALCH *de femina mutuum contrahente beneficiorum muliebrium experta.* Jenæ 1778.

(26) Vorausgesetzt nämlich, daß mit Vorbewußt des Gläubigers dergleichen Simulation erweißlich geschehen ist. Sonst heißt es freilich: Si mulier, tamquam in vsus suos pecuniam acceperit, alii creditura, non est locus Senatus consulto; alioquin nemo cum feminis contrahet, *quia ignorari potest, quid acturae sint.* Immo tunc locus est Senatus consulto, *quum scit creditor eam intercedere.* L. 11. 12. D. ad S. C. V. Ea enim, quae in fraudem Senatus Consulti excogitata probari possunt, rata haberi non oportere. L. 29. §. 1. D. ib.

Se=

gerin zum Beweise dieses Vorgebens gelassen werden. Daß man aber die Widerklage einstweilen bis zur Entscheidung der Klage ausgesetzt hatte,

Gewissermaßen könnte L. 13. C. eod. hier einige Bedenklichkeit verursachen. Si fœnebris pecunia, iuxta fidem veri a creditore sibi data est, siue tota quantitas fœnoris, siue pars eius in usum mariti processisse proponatur, decreto patrum non adiuuaris; *licet creditor causam contractus non ignorauerit.* Nach der Meinung des Hotmann Lib. VI. Obs. c. 12. ist statt der Worte *licet* creditor &c. zu lesen: *nisi* creditor &c. Gerhard Noodt, welcher sonst das critische Messer so gern zur Hand nimmt, findet es hier nicht nöthig; indem das Gesetz von einer eigentlichen Intercession für den Ehemann ausdrücklich nichts erwähnt, daher sagt er: Sed tu noli in dispari causa idem ius statuere; quæ in hac lege occurrit species, magis continet liberalitatem marito ab uxore factam; dicitur enim, fœnebris pecunia mulieri data in usum mariti *processisse*: non dicitur mulier, quum maritus eam pecuniam esset accepturus; *interuenisse*, vt sibi potius daretur fœnori, atque ipsa deinde eam fœnori daret marito. Igitur *obligauit se quidem* creditori mulier, at *pro marito* se non obligauit. *Comment. ad Pandect.* XVI. 1. p. m. 280 b. Diese Erklärung, womit auch Voet Comment. XVI. 1. 3. im Ganzen übereinstimmt, scheint

hatte, war den Rechten und der Sache gemäß. An sich konnte zwar die Handschrift der Ehefrau allerdings den Executiv-Proceß begründen (27),

C und

scheint der Sache angemessen zu sein. Da nun aber in zweifelhaften Fällen eine in fraudem legis geschehene Simulation nicht vermuthet wird; sondern eine rechtliche Handlung so lange für diejenige Art von Rechtsgeschäften gilt, welche die äußere Form mit sich bringt, bis das Gegentheil erwiesen ist, *Argum.* L. 14. §. 5. D. Qui et ex quib. caus. manum. **Von Tevenar Theorie der Beweise** Seite 32 f. HERTIUS Vol. I. Resp. 38. n. 1. 2. 3. **Cramer Wetzlarsche Nebenstunden** Th. 55. S. 32. So versteht es sich auch von selbst, daß eine Frauensperson, die unter andern Geschäften angeblich verborgen liegende Intercession gehörig beweisen müsse. Davon ist auch der Fall nicht auszunehmen, wenn eine Ehefrau **nebst ihrem Ehemann** eine Schuldverschreibung ausstellt, worin beide sich als Schuldner bekennen. Hier soll zwar nach verschiedener Rechtslehrer Meinung die Vermuthung eintreten, daß der Ehemann der eigentliche Schuldner, die Frau aber nur als Bürgin beigetreten sei. **Struben rechtl. Bedenken** Th. 1. Nr. 76. BROCKES select. Obs. Argum. 12. HOMMEL Rhaps. Quæst. Observ. 545. Man sehe aber dagegen WALCH in der angef. Dissert. §. 3. folg. *J. H.* BOEHMER *de efficaci mul. intercess.* Cap. 3.

(27) WALCH l. c. §. 15. BERGER Elect. proc. execut. §. 17.

und obgleich Schilter demjenigen, der klare Hand und Siegel wider sich hat, die Cautel empfiehlt, seine illiquiden Einreden mittelst einer Klage anzubringen, und dadurch die Sache in den ordentlichen Proceß einzuleiten; so wird doch von andern mit Recht behauptet, daß dieser Kunstgriff dem Gläubiger, welcher einmal klare Urkunden vor sich hat, keinesweges zum Nachtheil gereichen, noch ihn behindern könne, in der Folge den Executiv-Proceß anzufangen. (28) Allein wenn der Gläubiger diesen Zweck erreichen will: So muß er auch eine solche Art der Rechtsverfolgung erwählen, wodurch seine Forderung von der Klage-Sache des Schuldners ganz getrennet wird, folglich mittelst einer besondern executivischen Klage seinen Anspruch vorbringen. Wenn er aber den Weg einer eigentlichen Widerklage erwählt; so ist es bekannten Rechtens, daß eine Reconvention, deren Grund von Entscheidung der Klage abhängt, so lange, bis diese ausgemacht worden, verschoben werden müsse (29). Das war hier der Fall, weil der Beklagte aus eben den Urkunden, welche die Klägerin als nichtig

(28) SCHILTER Prax. iur. rom. Exercit. 13. §. 19. wogegen LEYSER Spec. 123. M. 6. WERNHER P. I. Obſ. 146. BERGER E. P. exec. §. 46. SCHAUMBURG Princ. Prax. iud. Lib. 1. Sect. 2. Cap. 4. §. 1. not. 2. Claproth vom Execut. Proc. S. 176. nach zu lesen sind.

(29) L. 10. C. de iniur. Mev. P. 5. Dec. 191.

tig angefochten hatte, eine Widerklage anstellte, mithin auch den Folgen sich unterwerfen mußte, welche den Gesetzen nach mit dem erwähnten Schritte verknüpft sind.

Dritte Betrachtung.

Nachtrag zu der Lehre von Bürgschaften der Frauenspersonen.

In eben der Rechtssache, wovon in der vorigen Betrachtung gehandelt worden ist, ward der klagenden Ehefrau entgegen gesetzt, daß sie auf die weiblichen Gerechtsame in Ansehung der Bürgschaft doch nie würde Anspruch machen können, weil sie bei den schlechten Vermögens-Umständen ihres Ehemannes das Nachtheilige einer Intercession für denselben, und den damit verknüpften Verlust des Ihrigen, als gewiß vorausgesehen, folglich in der That donandi animo den Handel geschlossen hätte. Schaumburg sagt: non locum habet Senatus consultum, si damnum certo praeuidet foemina, e. g. si donat &c. (30). Dieser Einwand war nun freilich in der gedachten Angelegenheit an sich schon ganz unzuläßig, weil ausdrückliche Gesetze selbst eine aus bloßer Freigebigkeit geschehene Interces-

 sion,

(30) Schaumburg adnot. ad Struuii jurisprud. forens. Lib. 3. Tit. 9. §. 3. n. c.

sion, so bald sie von einer Ehefrau zu Gunsten ihres Mannes unternommen wird, ganz unverbindlich erklärt haben. (31). Indessen darf ich doch bei dieser Gelegenheit anmerken, daß die Rechtsgelehrten in der Materie des Vellejanischen Rathschlusses manche Grundsätze aufgestellt haben, denen es an einer richtigen, und genauen Bestimmtheit gar sehr zu fehlen scheint. Dahin gehört unter andern die erwähnte Lehre Schaumburgs, wovon in dieser Sache eine so üble Anwendung gemacht ward; und es steht überhaupt dahin, ob der Satz, daß eine Frauensperson dasjenige, was sie aus bloßer Freigebigkeit unternommen hat, der Regel nach nicht anfechten könne, nach den wahren Grunde der römischen Legislation gehörig ins Licht gesetzt sey? In den Gesetzen heißt es: Amplissimus ordo opem tulit mulieribus *propter Sexus imbicillitatem*; imgleichen: *infirmitas* fœminarum auxilium meruit (32). Darunter ist nicht sowol Mangel des Verstandes, als vielmehr eine gewisse gutmüthige Neigung, sich Andern gefällig zu beweisen, eine natürliche Nachgiebigkeit, mit einem Worte *facilitas* zu verstehen. Es hat

(31) L. 5. §. 4. D. de Donat. inter Vir. et Vxor. viri creditori *donationis causa* promiserit, et fideiussorem dederit, neque virum liberari, *neque mulierem obligari*, vel fideiussorem eius, Julianus ait, perindeque haberi, ac si nihil promisisset.

(32) L. 2. §. 2. 3. D. ad S. C. V.

hat daher **Schilter**, in jener ungünstigen Voraussetzung, sehr unrichtig behauptet, daß die Bürgschaft der Frauenspersonen, selbst nach dem Naturrechte nicht einmal bestehen könnte. (33). Wäre das der Grund der bürgerlichen Gesetze: So würde nicht abzusehen sein, warum Frauenzimmer alle andere Rechtsgeschäfte und Verträge, welche nicht weniger Sorgfalt und Ueberlegung erfordern, als die Bürgschaft, dennoch gültig eingehen können. Vielmehr haben die Gesetze, wie aus allen ihren Vorschriften deutlich hervorleuchtet, die Sache von der Seite betrachtet, daß das Frauenzimmer aus Güte des Herzens, und im Vertrauen auf die Redlichkeit des Hauptschuldners, sich zu leicht werde bewegen lassen, eine Interceßion zu übernehmen, wobei nur die gute Absicht obwaltet, durch ein gegebenes Wort Jemand zu dienen, übrigens aber kein wirklicher Schade befürchtet wird. Der Vellejanische Rathschluß soll also nur das Frauenzimmer in den Fällen schützen, wo sie eine fremde Verbindlichkeit übernahmen, und sich aus bloßer Gefälligkeit (34)

 der

(33) Schilter Prax. iur. rom. Exerc. 28. §. I. Man sehe dagegen Hellfeld de intercessione mulierum §. 23.

(34) Hieraus ist es auch am besten zu erklären, warum die Frauenspersonen, welche etwas dafür erhalten haben, daß sie eine fremde Verbindlichkeit übernehmen möchten, der weiblichen Rechtswolthat sich nicht bedienen können; obgleich

der Gefahr unterzogen, etwas zu bezahlen, welches zu verlieren, sie weder die Absicht, noch anders woher eine Verbindlichkeit auf sich hätten. So oft daher von Rechtsgeschäften der Frauenspersonen die Rede ist, wobei sie entweder gar keine fremde Verbindlichkeit übernommen, oder wobei sie doch eine wirkliche Aufopferung des Ihrigen gänzlich bewilligt haben: So oft kann die Verordnung des Vellejanischen Rathschlusses ihnen nicht zu Statten kommen. Die Gesetze sagen: Facilius se mulier *obligat*, quam alicui *donat* (35); worüber der berühmte Gerhard Noodt (36) eine Erläuterung giebt, welche das bisher Gesagte noch mehr bestätigen wird: Nimirum in donatione est præsens periculum, & urens statim; id vt sentiunt mulieres, ita vltro sibi cauent, ne temere iactent suum; *ad praesentia satis prudentes;* bene igitur Senatus ei occurrit parti, quæ propter mulierum imbecillitatem auxilio potissimum indigebat. At vbi natura illis sufficiebat, & *tenacitas sexus* (37); quid erat opus Senatus

obgleich das Empfangene gar nicht so viel beträgt, als die Summe der übernommenen Schuld. L. 23. C. ad S. C. V.

(35) L. 4. §. 1. D. ad S. C. V.

(36) *Gerh.* Noodt Comm. ad. Pand. XVI. 1. p. 280. b.

(37) Sexus enim muliebris natura auarus est; exquo et raro donare, et si quando donet,

tus prouidentia; solitis legislatoribus, ius ad ea potius aptare, quae & frequenter, & facile, quam quae perraro eueniunt. Die Rechtsgelehrten pflegen aber in diesem Betrachte gemeiniglich bei den Fällen stehen zu bleiben, wenn eine Frauensperson aus bloßer Freigebigkeit von dem Ihrigen schon etwas weggegeben, für einen andern bezahlt, oder Pfänder zurückgegeben hat. Hierauf führt auch der oben angeführte Schaumburg die Sache zurück. Billig sollte man aber die Sache noch etwas genauer und richtiger dahin bestimmen, daß auch diejenigen, welche wirklich eine fremde Verbindlichkeit auf sich genommen haben, dennoch der weiblichen Rechtswolthat sich nicht bedienen können, wenn ihre Intercesßion selbst donandi animo geschehen sein sollte. So zum Beispiele schließt die sogenannte Expromisßion an sich freilich den Gebrauch des Vellejanischen Rathschlusses nicht aus (38); weil die Absicht derselben zwar dahin geht, den Hauptschuldner von den Ansprüchen des Gläubigers völlig zu befreien, nicht aber auch zugleich dahin, daß er die Expromittentinn

net, contra naturam sui generis facere dicitur in L. 33. §. 1. D. de donat. inter. vir. et uxor. Unde non ita facile ad donandum inducetur, sed bene ad intercedendum, *vbi spes esse potest principalem debitorem fidem suam exsoluturum esse. Franzk.* Comment. XVI. 1. 18.

(38) L. 8. §. 8. D. ad S. C. V.

künftig nicht entschädigen solle. Dieß macht also den Grund des Vellejanischen Rathschlusses noch fortdaurend. Derselbe fällt aber weg, wenn die Expromißion wirklich in der Absicht geschiehet, daß die Expromittentin die bisherige Schuld aus dem Ihrigen unentgeldlich, und ohne deshalb eine Entschädigung zu erwarten, bezahlen wolle; mithin findet alsdann auch die Verordnung selbst keine Anwendung (39); es wäre denn, wie bereits oben erwähnt ist, daß dergleichen Freigebigkeit aus einem andern Grunde, z. B. unter Eheleuten, nicht bestehen könnte. Uebrigens aber versteht es sich von selbst, daß eine solche Absicht bei der Uebernahme fremder Verbindlichkeiten in zweifelhaften Fällen nicht vermuthet werde; sondern einen bündigen Beweiß erfordern. Dieser sollte

(39) Die Gesetze wollen der infirmitati sexus zu Hülfe kommen, wenn sich die Frauensperson der Gefahr aussetzen, das Ihrige gegen ihre Absicht zu verlieren. L. 1. §. 1. D. ad. S. C. V. in den Worten: *periculum* rei familiaris &c. Wenn sie also bei Uebernehmung fremder Verbindlichkeiten nicht sowol Gefahr läuft, als vielmehr wirklich die Absicht hat, das Ihrige einzubüßen; So kann sie auf den Beistand der Gesetze keinen Anspruch machen. Mulier enim per Senatus consultum releuatur, non quæ deminuit restituitur L. 8. §. 5. D. ibid. vielmehr findet alsdann die in L. 4 §. 1. L. 5. L. 8. §. 5. und L. 21. §. 1. enthaltene Vorschrift ihre völlige Anwendung.

sollte in dem obgedachten Rechtsfalle schon daher genommen werden, weil die Klägerin die schlechten Vermögens-Umstände des angeblichen Hauptschuldners gekannt hätte. Allein daraus folgte noch nicht, daß sie den völligen Verlust des Ihrigen als ganz gewiß, und unvermeidlich vorausgesehen, und in diesem Bewußtsein, auch mit dem Willen, ihrem Manne solches zu schenken, die Verbindlichkeit übernommen habe. Vielmehr kam ihr unter diesen Umständen die weibliche Rechtswohlthat um so mehr zu Statten, da der Ausgang zeigte, daß sie sich, aus Liebe und Zuneigung für ihren Ehemann, in ein Geschäfte eingelassen hatte, welches ihr bei dem Verfalle seines Vermögens so gefährlich und nachtheilig war.

Vierte Betrachtung.

Von der prouocatione ex L. Diffamari, und ob solche auf die Erben übergehe.

„Der Grund dieser Aufforderung zur Klage, „ist die Diffamation, oder eine dem Andern „nachtheilige, unter die Leute gebrachte „Rede" (40). Zuvörderst kann aber dieses Rechtsmittel, so wie es einmal in den Gerichten üblich

(40) Lehrb. §. 272.

üblich ist, nicht immer als eine Aufforderung zur Klage betrachtet werden. Dieß trift nur in dem Falle zu, wenn die Nachrede darin besteht, daß ein Anderer sich gewisser Ansprüche an uns berühmt hat, und wir ihn also auffordern, solche klagend anzubringen. Man läßt aber auch bekanntlich in andern Fällen die Provocation bloß zu dem Ende zu, daß dem Gegner auferlegt werde, seine Nachreden gehörig zu beweisen; Si nempe alicuius fama, uel existimatio traducta est, et diffamatio in *mera calumnia* consistit, *non vero in iure quodam*, quod diffamator sibi deberi adstruit (41). Der Begriff der Provocation wäre also in diesem Betrachte etwas zu erweitern. Hiernächst würde es nach der obigen Erklärung keinen hinreichenden Grund abgeben, uns des erwähnten Rechtsmittels zu bedienen, wenn ein Anderer in Privat Briefen an uns sich gewisse Aeusserungen zu unserm Nachtheil erlaubte, ohne solche eben öffentlich ruchtbar zu machen, oder unter die Leute zu bringen. Wirklich haben auch einige Rechtslehrer dieß zu vertheidigen gesucht, weil eine Diffamation nach dem allgemeinen Sprachgebrauche nur sodann vorhanden sei, wenn zum Nachtheil eines Andern etwas ausgesprengt würde (42); womit auch die bekannte L. 5. C. de

(41) Martini Comment. forens. Tit. 1. §. 5. n. 74. Richter P. 2. Decis. 100. n. 108.

(42) Fratr. Becmannor. Cons. et Decis. P. 1. Argum. 38. n. 6. 7. 8.

de ingen. manum. übereinstimmt. Hingegen Leyser hat angemerkt, daß der Gerichtsgebrauch sich vorlängst schon über dem eigentlichen Sinn des Ausdrucks: *Diffamatio*, so wie überhaupt über die angezogne Stelle des römischen Rechts hinweg gesetzt, und dagegen die Regel angenommen habe, daß, wenn die einem Andern zum Nachtheil gereichende Aeusserung sonst nur gehörig bescheinigt ist, es darauf nicht weiter ankomme, ob solche Nachrede öffentlich ausgebracht sei oder nicht (43). Eine streitige Frage ist es aber, ob und in wiefern dieses Rechtsmittel auf die Erben übergehe? Man hat die Grundsätze, welche in dieser Hinsicht von der Injurienklage gelten, auch hier angewandt, und

(43) Quod porro obiicitur, ad diffamationem requiri *publicationem* aliquam, nec priuatam interpellationem et *litteras familiares* sufficere, fatemur lubenter, conuenire hoc significationi propriæ vocis diffamare; At vsus iam diu hæc immutauit, testanturque doctores tantum non omnes, in hoc processu pro diffamante haberi, qui ius sibi aliquod contra alterum adserit, *seu publice hoc*, *seu priuatim fiat*. Omnis inquietatio diffamatio est; et quoties alicuius interest, defendi famam, bona, possessiones, toties remedium ex L. Diffamari obtinet, ideo comparatum, vt talia seruentur ab omni inquietatione secura. Leyser Spec. 81. M. 2.

und diesen zur Folge behauptet, daß die prouocatio ex lege Diffamari weder den Erben zuständig sei, noch wider die Erben Statt finde, wofern nicht mit dem Verstorbenen die Einlassung bereits geschehen wäre (44). Dagegen erinnert **Schmidt** (45), daß nicht jede Diffamation in einer Injurie bestehe, folglich die Frage mit dem Unterschied zu beantworten sei, ob die Nachrede eine eigentliche Injurie ausmache, oder nicht? Im ersten Fall stimmt er der angeführten Meinung bei, in dem andern hingegen läßt er den Uebergang der Klage auf die Erben, und wider dieselben zu. Noch anderer Meinung ist **Berger** (46), welcher dafür hält, daß diese Provocation eigentlich einen sogenannten Quasicontract zum Grunde habe, folglich ohne weitern Unterschied actiue und passiue auf die Erben übergehe. Nach der Lehre des **Claproth** (47) endlich sind die Erben des Diffamaten allemal berechtigt, diese Provocation anzustellen, hingegen die Erben des Diffamanten können nicht belangt werden, wenn sie die üble Nachrede nicht auch ihrer Seits fortgesezt haben. Auf die sonderbare Behauptung, worin **Berger** seine Meinung

(44) Textor *ad Rec. Imp. nov.* Disp. V. th. XI. Martini Comment. forens. Tit. 1. §. 5. n. 85.

(45) Lehrb. §. 272. und 73. n. a.

(46) *Elect. Proc. prouoc.* §. 44.

(47) Einleit. in d. Summarisch. Proc. S. 308.

nung gründet, darf ich mich wol nicht weiter einlassen. Es gehört eine eigne Disposition zum Fingiren dazu, um dieses Rechtsmittel aus einem Quasicontract herzuleiten. **Claproth** hat nach meiner Ueberzeugung im Ganzen die Frage am richtigsten bestimmt, jedoch weder um eine Widerlegung der beiden erstgedachten Lehren sich bekümmert, noch die seinige mit Gründen unterstützt. Dieß mag also die folgende nähere Betrachtung rechtfertigen. Man ist überhaupt noch nicht darüber einverstanden, ob die prouocatio ex L. Diffamari in solchen Fällen Statt finde, wo die Nachrede oder Anmaßung in einer eigentlichen Injurie bestehet. Verschiedene Rechtslehrer leugnen es, und wollen, daß der Beleidigte sofort zur Injurien Klage schreiten müsse (48). Dieß vorausgesetzt könnte man die Distinction, welche Schmidt am gedachten Orte vorträgt, sicher gelten lassen; oder eigentlich könnte alsdann kaum die Frage entstehen, ob, in Fällen wirklicher Injurien, diese Provocation auf die Erben übergehe? weil sie ja selbst gegen den Erblasser nicht würde Statt gefunden haben. Man kann aber den gedachten Rechtslehrern, denen auch der Gerichtsgebrauch sehr zuwider ist (49), nicht füglich beipflichten. Nur versteht

(48) Berger a. a. O. §. 12. Schaumburg princip. prax. Lib. 2. c 6. §. 4. n. 6. **Claproth** a. a. O. Seite 310. f.

(49) Mevius P. I. Dec. 144. Carpzov Praxi crim. P. 2. Qu. 97. n. 68.

versteht es sich von selbst, daß eine Injurie von der Art sein müsse, daß dem Beleidigten vernünftiger Weise daran gelegen sein könne, es öffentlich ans Licht zu bringen, daß der Gegner seine Behauptung nicht wahr zu machen im Stande gewesen sei. Zu diesem Zwecke ist die mehrgedachte Aufforderung das natürlichste Mittel, und im Ganzen auch weit schicklicher, als die eigentliche Injurienklage, bei welcher die Wahrheit oder Unwahrheit des Gesagten nicht immer in Betrachtung kommt. Wenn daher bestimmte Gesetze keine Einschränkung machen: So ist nichts billiger, als daß dem Beleidigten das gedachte Rechtsmittel gestattet werde. Der Einwurf, daß solchergestalt, wenn er in der Folge die Injurienklage gleichfalls erheben würde, aus Einer Angelegenheit ohne Noth ein gedoppelter Rechtsstreit veranlaßt werde, ist nicht erheblich. Denn es verdient den Vorwurf einer **unrechtmässigen** Vermehrung gerichtlicher Händel nicht, wenn der Beleidigte sich vorläufig eines präparatorischen Rechtsmittels bedient, um **erstlich** seinen guten Nahmen dadurch aufrecht zu erhalten, daß er seinen Gegner zum Beweise der nachtheiligen Aeusserung auffordert; und **zweitens** um sich den Weg zu seiner künftigen Genugthuung desto leichter zu bahnen. Dieser zweite Endzweck kann nun freilich bei den Erben des Diffamaten in sofern nicht Statt finden, als sie selbst zur Anstellung der Injurienklage nicht befugt

fugt sind. Damit ist aber auch nicht zugleich der erste Zweck in Ansehung dieser Erben ganz unstatthaft. Vielmehr ist in jenem Betrachte die prouocatio ex L. Diffamari, sie mag wegen wirklicher Injurien, oder wegen anderer Nachreden angestellt werden, doch nie als eine solche Klage, die bloß auf Rache abzielt, zu betrachten, weil ihre eigentliche Absicht nur ist, unsere Gerechtsame gegen unrechtfertige Anmaßungen zu sichern, und den guten Nahmen gegen üble Nachreden vor den Augen des Publici zu rechtfertigen. Dessen nun nicht zu gedenken, daß der Erbe, welcher in die Rechte und Verbindlichkeiten des Verstorbenen eintritt, vielfältig selbst für seine Person ein starkes Interesse bei der Sache haben kann, weshalb es ihm nicht gleichgültig sein darf, die Nachrede auf ihren Werth oder Unwerth beruhen zu lassen: So ist er doch wenigstens so viel immer dem Andenken seines Erblassers schuldig, daß er den guten Ruf desselben möglichst ungekränkt zu erhalten suche; mithin muß er auch berechtigt sein, diejenigen, welche dem Verstorbenen etwas Nachtheiliges nachgeredet haben, gerichtlich aufzufordern, daß sie ihre Behauptungeh rechtlich erweisen sollen. So weit von den Erben des Diffamaten. Was aber hiernächst die Erben des Diffamanten anbetrift: So rechtfertigt sich in deren Hinsicht die obige Meinung **Claproths** von selbst; weil der

Erbe

Erbe aus den unerlaubten Handlungen des Verstorbenen eigentlich nur wegen des Schadens, den der Letztere wirklich angerichtet hat, belangt werden kann. Darauf geht aber dieses Rechtsmittel nicht, sondern der Zweck desselben ist nur, daß der Provocat seine Nachrede beweisen, oder gewärtigen solle, daß ihm das Stillschweigen auferlegt werde. Wenn also der Erbe an der unerlaubten Nachrede weiter keinen Antheil nimmt: So dauret auch gegen ihn der Grund der Verbindlichkeit, welche aus der Diffamation entsteht, nicht mehr fort; es wäre denn, daß der Verstorbene sich bereits auf die Provocation eingelassen haben sollte.

Fünfte Betrachtung.

1) Ueber die Richtigkeit einer abgetretenen Schuldforderung, und die Regreßklage gegen den Cedenten.

2) Ueber die Einrede der nicht gehörig geschehenen Litis Denunciation; und die Replik, daß die Vertretung von Seiten des Cedenten nichts würde geholfen haben.

3) Von

3) Von der Entschädigung, welche derjenige, der eine unrichtige Forderung abgetreten hat, dem Andern leisten muß, und ob solche nach den Grundsätzen von der eigentlichen Evictions-Leistung zu beurtheilen sei.

Die Abtretung einer Forderung, wenn sie nicht aus bloßer Freigebigkeit geschiehet, macht den Cedenten der Regel nach verbindlich, daß er für die Wahrheit und Richtigkeit des Anspruchs, welchen er einem Andern überlassen hat, einstehen müsse. Für die Zalungsfähigkeit des Schuldners braucht er nicht zu haften. „Die „Ursache ist," sagt ein berühmter Schriftsteller, „weil sich die Umstände des Schuldners nach der „Cession verschlimmern können; es ist unbillig, „daß dafür der Cedent haften soll, da es ein „Unglücksfall ist, der sich ereignet, nachdem er „nichts mehr mit der Schuld zu thun gehabt hat. „Es ist aber schwer auszumachen, ob die schlechten Umstände zur Zeit der Cession schon vorhanden waren. Man kann auch, gesetzt die Umstände waren zur Zeit der Cession nicht die beßten, nicht schlechthin sagen, daß er unfähig „zu zalen gewesen sei. Er konnte damals Credit „finden, den Cessionarius zu befriedigen. Seine

„Sachen konnten um einen Preiß weggehen, daß „der Cessionarius nichts einbüßte. Seine Um=„stände konnten sich nach der Cession eben so leicht „verbessern, als verschlimmern. Ein Cessiona=„rius läßt sich also bei einer Cession über den „Vermögens=Zustand auf einen Glücksfall ein." (50). — Ich zweifle aber sehr, ob diese um=ständliche Darstellung den eigentlichen Grund der obigen Gesetzlichen Wahrheit richtig getrof=fen habe; ob sie nicht vielmehr höchstens nur dazu diene, um dasjenige, was die Rechte hier mit sich bringen, auch von der Seite der Bil=ligkeit zu rechtfertigen; und ob sie nicht gar wol zu der irrigen Vorstellung führe, daß eigentlich der Cedent auch für die Güte der Schuld, und für das Zalungs=Vermögen des Schuldners haften müßte, daß aber alle That=umstände, welche dabei in Betrachtung kommen, sich nur nicht gehörig ausmachen ließen, und eben darum ein Anders in den Gesetzen zur Regel gemacht sei. Sonst habe ich immer geglaubt, daß man den Grund kürzer so angeben könne: Der Verkäufer ist nur schuldig zu leisten, was er wirklich verkauft hat. Das ist hier nichts an=ders, als das Recht, oder die Forderung selbst. Diese erhält auch der Käufer immer, so bald die Schuld nur wahr ist. Das Unvermögen des Schuld=

(50) E. C. Westphal Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf=Contract u. s. w. Leipzig 1789. §. 832.

Schuldners hebt das Recht an sich nicht auf; und kann dem Cedenten nicht zur Last fallen, wenn er sich deshalb nicht ausdrücklich verbindlich gemacht, oder betrüglich gehandelt hat (51). Folgender Rechtsfall aus dem Mecklenburgschen hat zu der gegenwärtigen Betrachtung Gelegenheit gegeben. Der vormalige Kloster-Hauptmann Johann Dietrich von der Osten auf Carstorf erborgte im Jahr 1760 von Joch. Joh. Heinr. von Müller auf Detershagen 1000 Reichsthal. unter dem Vorwande, daß damit eine gleiche Summe getilgt werden sollte, welche der Bruder des Erstern, Kammerherr Julius Levin von der Osten zu Stuttgard, laut einer angeblichen Pfandverschreibung des Kloster-Hauptmanns aus dem Jahre 1735, an rückständigen Erbgeldern zinsbar in dem Gute Carstorf stehen hätte. Der Kloster-Hauptmann lieferte auch beim Empfang der Anleihe dem von Müller eine Cessions-Urkunde aus, welche mit dem Namen des Kammerherrn von der Osten unterzeichnet war, und worin der Letztere über den Empfang des rückständigen Capitals quitirte, und dagegen seine gesammten Rechte wegen rückständiger Erbgelder an den von

(51) *J. F.* Wordenhoff *de cedente ad nominis bonitatem non obligato.* Trai. ad Rhen. 1751. in Oelrichs *Thesauro nouo Dissert. Belgic.* Vol. I. J. C. Schmidt *de obligatione cedentis adverum, non bonum nomen praestandum.* Gissæ 1699.

von Müller abtrat. Zu dem Ende war auch dieser Cessions-Urkunde die Schuld- und Pfand-Verschreibung des Kloster-Hauptmanns von der Osten, wegen solcher rückständigen Erbgelder aus dem Jahre 1735, gleichfalls beigefügt. Hierauf stellte dieser Schuldner noch eine besondere Handschrift an den von Müller dahin aus, daß er Diesen nunmehr, ohne Novation, als seinen wahren Gläubiger in Ansehung des mehrgedachten brüderlichen Kapitals anerkannt haben wolle. Im Jahr 1764 trat der von Müller sein ganzes Recht aus dem bisher gedachten Handel an den Pachter Berling ab, welchem auch gegen Ausbezalung der Summe von 1000 Rthlr. die vorhin gedachten Urkunden eingehändigt wurden. Bald darauf entstand über das Vermögen des Kloster-Hauptmanns von der Osten ein förmlicher Concurs. Hier ward hinlänglich erwiesen, daß der gemeine Schuldner die mehrgedachte Forderung seines Bruders, wegen rückständiger Erbgelder, durchaus erdichtet, und in dessen Nahmen die erste Cessions Urkunde fälschlich geschmiedet habe, um nur den von Muller zur Anleihe eines Capitals zu verleiten. Die vorzügliche Eigenschaft einer Pfandschuld aus dem Jahre 1735, bei welcher der Pachter Berling nach der Lage der Sache völlig sicher gewesen sein würde, fiel daher hinweg; und es konnte im Concurs nur die eigentliche Schuld des Kloster-Hauptmanns vom Jahr 1760 zur Betrachtung

kommen.

kommen. Diese Aussicht war nicht sehr günstig, Der Pachter Herling, oder vielmehr dessen Erben, belangten daher den von Müller wegen Unrichtigkeit der abgetretenen Schuldpost, und forderten die dafür bezalten 1000 Reichsthaler zurück. Der Beklagte schüzte dagegen vor: 1) daß er allerdings eine wahre Schuld an den Erblasser der Kläger überlassen habe, indem er ja von dem Kloster-Hauptmann von der Osten die gedachte Summe wirklich zu fordern gehabt hätte. Ob aber der gemeine Schuldner die erhaltene Anleihe wirklich zur Bezalung rückständiger Erbgelder angewandt, und dadurch dem aufgeborgten Capitale eine Vorzüglichkeit verschaft hätte? imgleichen, ob dieses Capital im Concurs zur Hebung gelangen könne, oder nicht? Alles dieses gehöre nicht zur Wahrheit, sondern zur Güte der abgetretenen Schuld, mithin nicht zur Verantwortung des Cedenten. — Dieser Einwand war sehr ungerecht. Denn selbst die brüderliche Forderung rückständiger Erbgelder vom Jahr 1735 machte eigentlich den Gegenstand aus, worüber die Parteien gehandelt hatten. Es genügte daher nicht, daß der Kloster-Hauptmann ein würklicher Schuldner des Cedenten war, sondern der Leztere mußte ihn auch in Ansehung der eigentlich abgetretenen brüderlichen Forderung als seinen Schuldner gewähren. Wenn die Gesetze verordnen, daß der Cedent für die Richtigkeit und Wahrheit der Schuld einstehen solle: So gehört

 nicht

nicht nur dazu, daß die Forderung an einen gewissen Schuldner an sich gegründet; sondern daß sie auch in Ansehung des Alters, der Pfänder, und Bürgen, so beschaffen sei, wie sie abgetreten worden ist (52). Die Einrede, daß er für die Zalungsfähigkeit, und guten Vermögens-Umstände des Schuldners nicht haften dürfe, kommt dem Cedenten dann erst zu Statten, wenn das abgetretene Recht in seinem ganzen Umfange an sich gegründet ist (53) —. Von dem Beklagten ward ferner eingewandt: II) daß der Kläger und dessen Erben den Hauptstreit wegen der Unrich-

(52) *Argum.* L. 23. pr. D. de Hered. vel act. vend. *Venditor actionis, quam aduersus principalem reum habet, omne ius, quod ex ea causa ei competit, tam aduersus ipsum reum, quam aduersus intercessores huius debiti, cedere debet.* Natürlich muß er also für diejenigen Eigenschaften der Forderung haften, welche bey dem Verkaufe mit ausbedungen sind.

(53) *Qui nomen, quale fuit, vendidit, duntaxat vt sit, non vt exigi etiam aliquid possit, et dolum praestare cogitur* L. 74. §. 3. D. de Euictionib. —— *Periculum pignorum nominis venditi ademtorem pertinet, si tamen probetur* eas res obligatas fuisse. L. 30. D. de pignorib. **Westphal** vom Pfandrechte §. 30. MEVIUS P. 2. Decis. 184, BRUNNEMANN *de Cessione action.* Cap. 5. n. 60.

Unrichtigkeit des brüderlichen Capitals und dessen Ceßion, zu einseitig betrieben, auch die gehörige Aufforderung des Beklagten zur rechtlichen Vertretung vernachläßigt hätten. Der Beklagte konnte gleichwol selbst gegen den geführten Beweis der Verfälschung mit Grunde nichts erinnern. Die Replik der Kläger, daß der Beistand des Beklagten hier ganz vergeblich gewesen sein würde, war daher nach Recht und Billigkeit hinlänglich, jene Ausflucht unwirksam zu machen. Die bewährtesten Rechtslehrer (54) sind einstimmig dafür, daß die nicht geschehene Litis Denunciation, oder die unterlassene Einwendung eines Rechtsmittels, die Regreßklagen nicht ausschliessen, wenn aus den Acten offenbar erhellet, daß die Sache doch keinen andern Ausgang hätte gewinnen können. Doch hat dieser Grundsatz neuerer Zeit einen Gegner gefunden, von dessen Scharfsinn unsere Litteratur schon mehrere Proben hat. „A denunciandi necessitate exceptionem tra„dunt, *nisi notorie constet de iustitia euin„centis, & adpareat, uelemtor probare uelit, „venditorem nullum ius habuisse, quorem „venditam defendere potuisset.* Sed vt tace„amus

(54) Leyser *Spec.* 241. *Med.* 7. Voet *Comment. ad Pand. Tit. de Euictionib.* §. 22. Wissenbach Exercit. ad Pand. 41. §. 19. Pufendorf Tom. 2. Obs. 35. §. 15. Canngiesser Collect. Decis. Tom. I. p. 378. Westphal vom Kauf ꝛc. §. 301. und 382.

„amus exceptionem hanc 1) *esse legibus in-*
„*cognitam;* rationi iuris repugnat, tum
„quod 2) *emtor id plene probare nequeat,*
„atque 3) *exceptio de iure tertii* esset, tum
„quia 4) reuera *renunciationem regressus*
„*aduersus venditorem hæc omissio obligatio-*
„*nis continet.* Quodsi enim id, ad quod
„obligatus est, non facit, tacite renunciat,
„in quo solum fundamentum tacitæ renun-
„ciationis versatur" (55). Allein, wenn auch
1) die Gesetze selbst über diesen Punkt nichts aus-
drücklich bestimmt hätten: So liegt doch jene
Ausname schon in der Natur der Sache, weil in
solchen Fällen durch die unterlassene Aufforderung
zur Vertretung ꝛc. ꝛc. keine bessere Vertheidigung
der Sache hintertrieben ist, folglich auch der Ver-
käufer nicht behaupten kann, daß ihm dadurch
irgend ein Nachtheil zuwege gebracht sei. Es
fehlt aber auch nicht an Gesetzen, wodurch die
Meinung, welche Madihn zu widerlegen sucht,
ein starkes Gewicht erhält. In L. 53. §. 1. D.
de Euictionib. heißt es: Si, quum possit em-
tor auctori denunciare, non denunciasset,
idemque victus fuisset, *quoniam parum
instructus esset,* (dieser Grund fällt aber
in dem vorausgesetzten Falle hinweg) hoc ipso
videtur dolo fecisse, & ex stipulatu agere
non

(55) *Lud. Godofr.* Madihn adnot. ad Menoken.
doctrin. de act. n. 603. ingleichen in Prin-
cip. iur. rom. P. 2. §. 179.

non potest. Eine andere Stelle lautet sogar dahin: Emtorem (serui) noxali iudicio condemnatum, ex emto actione id tantum consequi, quanti minimo defungi potuit. Et *siue defendat* noxali iudicio, *siue non*; *quia manifestum fuit noxium seruum fuisse, nihilo minus vel ex stipulatu, vel ex emto agere posse* L. 11. §. 12. D. de act. emt. (56). Daß 2) der Beweiß einer ganz überflüßigen Denunciation an sich unmöglich sei, läßt sich wol nicht

(56) Der Ausdruck: *quanti minimo defungi potuit*, in diesem Gesetze, zielet dahin, daß es dem Verkäufer nicht aufgebürdet werden solle, wenn der Käufer, da ihm als Beklagten in noxali iudicio die Wahl zustand, nicht denjenigen Weg ergriffen haben sollte, auf welchem er am leichtesten der Klage abhelfen konnte; z. B. wenn er den Knecht selbst abgetreten hätte, da doch der Schade, weßhalb geklagt worden war, weniger, als den Wehrt des Knechts betrug; oder umgekehrt, wenn er die Summe des Schadens, welche den Wehrt des Knechts überstieg, baar bezalt, und nicht lieber den Knecht hingegeben hätte. Ganz deutlich scheint **Westphal** in der **Lehre vom Kauf** rc. §. 382. die Sache nicht ausgedruckt zu haben; obgleich jene Erklärung auch wol der Sinn seiner Worte ist. Die Basiliken haben übrigens die Stelle sehr schlecht dahin übersetzt: Qui noxali iudicio venditi serui condemnatus est emtor, non plus consequitur, *quam quantum praestitit*.

nicht behaupten. Schon der Rechtsfall, womit wir uns bisher beschäftigt haben, zeigte das Gegentheil. Die Gläubiger, welche die angebliche Cession einer brüderlichen Forderung vom Jahr 1735 anfochten, hatten diese Unrichtigkeit durch das eigne Geständniß des gemeinen Schuldners, daß er dieß Falsum begangen habe, und durch die eidliche Aussage des Kammerherrn v. d. O., daß er dergleichen Forderung weder gehabt, noch cedirt habe, so klar bewiesen, daß der Beklagte nichts dagegen einzuwenden vermochte. Der Regel nach kann zwar 3) Niemand aus den Rechten eines Dritten, die ihn nicht angehen, oder nicht rechtmäßig auf ihn gebracht sind, einen Einwand für sich hernehmen. Wenn aber von dem Rechte eines Dritten meine eigne Befugniß wirklich abhängt; so fällt der Begrif einer exceptionis de iure tertii hinweg; und das dünkt mich, ist hier der Fall. Endlich 4) folgt aus der Unterlassung einer Handlung, wozu man verbunden ist, weiter nichts, als a) die Verbindlichkeit, den Schaden zu vergüten, oder selbst zu büßen, welchen diese Nichterfüllung angerichtet hat. Unter den Umständen aber, wovon hier die Rede ist, hat die unterbliebene Denunciation an sich keinen nachtheiligen Erfolg verursacht. Hiernächst kann man b) nur solche Rechte, welche einzig und allein von der pünktlichen Erfüllung einer gewissen Verbindlichkeit abhängen, durch die unterlassene Leistung des Schuldigen einbüssen. Davon läßt sich aber

hier

hier keine Anwendung machen. Vielmehr müßte, um die petitionem principii zu vermeiden, erst ausgemacht sein, daß die Zulässigkeit der Regreßklage lediglich und in jedem Falle von der geschehenen Litis-Denunciation abhänge, welches ich um so weniger zugeben kann, da die Aufforderung zur Vertretung eigentlich nur die Absicht hat, damit in der Vertheidigung der Sache gegen die Ansprüche eines Dritten Nichts versäumt werde —.

III.) Ein anderer Einwurf, dessen sich der Beklagte vorzüglich bediente, bestand darin, daß das Begehren einer Gewährleistung allemal voraussetze, daß die verkaufte Sache wirklich schon durch Urtheil und Recht evincirt sei. Daß dieses aber im gegenwärtigen Fall zutreffe, wollte der Beklagte um so weniger einräumen, weil die ganze Schuldsache in der Folge gerichtlich dahin regulirt war, daß aus den Aufkünften der Concurs Masse zuerst die Capitalien, nach Ordnung des Prioritäts-Urtheils, und sodann auch eben so die Zinsen abgetragen, wirklich aber alle Gläubiger, wie wol nach und nach, befriedigt werden sollten. Es war daher nichts weniger, als ausgemacht, daß die cedirte Forderung, auch nur als eine dem gemeinen Schuldner im Jahr 1760 geschehene Anleihe betrachtet, ganz leer ausgehen würde. Allein auch diese Ausflucht war nicht hinreichend, um die Kläger zu nöthigen, das Ende des Concurses abzuwarten.

Indeß

Indeß dürfte bei dieser Gelegenheit folgende Bemerkung nicht undienlich sein. Gemeiniglich wird die Verbindlichkeit eines Cedenten in dem Falle, wenn die Wahrheit der abgetretenen Forderung wegfällt, nach den Grundsätzen von der eigentlichen Evictionsleistung behandelt (57). Genau betrachtet, ist aber der eigentliche Begriff der Eviction, und Evictionsleistung, da er eine durch Richterlichen Ausspruch verlohrne, übrigens aber wirklich vorhandene Sache voraussetzt, bei cedirten Forderungen nur alsdann anwendlich, wenn der Cessionar, in Ansehung einer an sich gegründeten Schuld, den Ansprüchen eines Dritten weichen, und diesem die Forderung ganz oder zum Theil überlassen muß. Z. B. wenn das abgetretene Recht von einem Gläubiger des Cedenten vermöge einer ältern Hypothek in Anspruch genommen wird (58). Hier gilt nun freilich Alles, was von der Evictionsleistung überhaupt den Rechten gemäß ist; mithin auch der Satz, daß der Käufer allemal erst abzuwarten habe, ob ihm die verkaufte und an sich vorhandene Sache durch einen Richterlichen

(57) Voet *Comm. ad Pand.* Tit. de Euict. §. 27. Mevius P. 1. Dec. 92. *Ern. Rud.* Breneisen *de praestanda euictione in cessione nominis.* Halæ 1696. *Leon. Lud.* Mencken *de euictione in cessione nominis praestanda.* Vit. 1738.

(58) Brunnemann de Cessione act. Cap. 5. n 42.

chen Spruch werde entzogen werden; weil der Kauf und Verkauf unter den Contrahenten an sich bestehet, obgleich ein Dritter an die Sache Ansprüche haben sollte (59). Wenn hingegen von einer an sich unrichtigen Forderung die Rede ist: So kann die Sache nicht füglich nach den Grundsätzen von der eigentlichen Eviction, sondern lediglich nur als ein Handel, dessen Gegenstand nicht existirt, betrachtet werden. Dieß befreiet zwar den Käufer einer solchen Forderung nicht immer von der gehörigen Litis Denunciation, welche der Regel nach in jedem Falle, wo man einen Regreß gegen Andere zu nehmen gedenkt,

(59) *Qui vendidit necesse non habet, fundum emtoris facere.* L. 25. §. 1. D. de contrah. emt. vend —. Inprimis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere, quæ res, siquidem dominus fuit venditor facit et emtorem dominum, si non fuit, *tantum euictionis nomine venditorem obligat.* L. 11. §. 2. D. *de Act. Emti vend.* — Qui rem emit, et possidet, *quamdiu euicta non est, auctorem suum propterea quod aliena uel obligata res dicatur, conuenire non potest.* L. 3. C. *de Euictionib. Cornel.* van Bynckershoeck *Lib. VI. Obseruat. c.* 24. Cuiacius Lib. 23. obs. cap. 29. Huber *Eunom.* ad L. 25. §. 1. D de contr. E. V. n. 10. *Joa.* van Neck ad L. vlt. D. *de condict. causa* data &c. Cap. 2. in Oelrichs Thes. Vol. 2. T. 2. p. 393.

denkt, geschehen muß (60). Allein die Folge ist doch, wenn die abgetretene Forderung, zur Zeit des getroffenen Handels, in der dabei ausgemachten, und hauptsächlich zum Grunde gelegten Eigenschaft nicht wirklich vorhanden gewesen ist, daß das Geschäft in solchem Betrachte gleich von Anfang, als **null, und nichtig** hinwegfällt (61). Aus diesem Gesichtspunkte mußte eigentlich jene Rechtsangelegenheit betrachtet werden. Da der Beklagte nicht bloß eine Forderung an den gemeinen Schuldner, sondern eine brüderliche Forderung wegen rückständiger Erbgelder verkauft hatte: So konnte er auch nicht verlangen, daß die Kläger in jenem Betrachte die spätere Hebung abwarten sollten, sondern das Nichtdasein der eigentlich verhandelten Forderung machte die ganze Cession nichtig (62); und verband den Beklagten zur Herausgabe des empfangenen Werths unstreitig.

Sechste

(60) **Westphal** a. a. O. §. 290.

(61) Etsi consensum fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante venditionem esse desierit, nulla emtio est. L. 15. D. de contrah. E. V. L. 57. und L. 58. ib. in den Worten: Arboribus quoque vento deiectis vel absumtis igne, dictum est, *emtionem fundi non videri contractam si contemplatione illarum arborum* fundus comparabatur.

(62) *Argum.* cit. L. 58. D. de contrah. Emt. Vend.

Sechste Betrachtung.

Von der Einrede der Compensation, und den Rechtsmitteln, wodurch der Beklagte seine Gegenforderung klagend verfolgen kann, wenn er mit jener Einrede etwa abgewiesen sein sollte?

Die Frage, ob und in wiefern der Beklagte, welcher mit dem Einwande der Compensation nicht durchdringen konnte, seine Gegenforderung in der Folge klagend verfolgen könne? wird gemeiniglich von den Rechtsgelehrten mit diesem Unterschiede beantwortet: „die erwähnte Einrede „ist entweder darum verworfen worden, weil der „Richter die vermeinte Gegenforderung des Be„klagten an sich ungegründet befunden, oder „nicht, sondern nur darum, weil es sonst an den „rechtlichen Erfordernissen der Compensation ge„fehlt hat. Im ersten Fall findet keine Klage „weiter Statt, weil die Rechtskraft entgegen ste„het; im zweiten Fall bleibt dem Beklagten „sein Recht an sich, und dessen gerichtliche Ver„folgung allerdings noch vorbehalten" (63). Im Gan-

(63) Hellfeld *iurisprud. forens.* §. 935. Carpzov P. I. *Const.* 8. *Def.* 5. Lauterbach

Ganzen ist diese Theorie richtig, und den Gesetzen gemäß (64). Doch verdient die Sache, in mancher Rücksicht etwas genauer erwogen zu werden. Da nämlich dem Beklagten, nach verworffener Compensation, eine weitere Rechtsverfolgung in Ansehung seiner Gegenforderung, bald zu Statten kommt, bald aber nicht; je nachdem die Gründe verschieden sind, welche den Richter bewogen haben, der gedachten Einrede den rechtlichen Erfolg zu versagen: So kommen hier eigentlich folgende Verhältnisse zur Betrachtung: 1) Wenn die Gegenforderung als ungegründet verworfen wird; 2) Wenn sie nicht liquid ist; 3) Wenn die gegenseitigen Forderungen wegen Verschiedenheit der Gegenstände, oder in persönlicher Rücksicht der Parteien nach Vorschrift der Gesetze keine Abrechnung zulassen. Dieser dreifache Grund ist vor allen Dingen gehörig zu berichtigen, und sodann die Frage: Welche Rechtsmittel dem Beklagten in der Folge etwa zu Statten kommen? näher zu beantworten. Soll nun

Erstlich die Compensation wegen Ungültigkeit der Gegenforderung wegfallen: So wird vorausgesetzt, daß diese Gegenforderung, und die daher behauptete

TERBACH Colleg. theor. *pract.* *Tit. de Compensat.* §. 27. BRUNNEMANN ad L. 7. D. de Compensat.

(64) L. 8. §. 2. D. de Negot. gest. L. 7. §. 1. D. de Compensat. L. 1. §. 4. de contrar. tutel.

behauptete Verbindlichkeit an sich ungerecht sei. Ob es gerade eine klagbare Schuld ausmache, darauf kommt es nicht an (65.) Im Allgemeinen ist man ziemlich darüber einverstanden, daß auch eine natürliche nicht klagbare Verbindlichkeit die Compensation nicht ausschließe, (66) vorausgesetzt, daß von solchen Verbindlichkeiten die Rede sei, welche an sich auf ein wirkliches Zwangrecht beruhen (67), und welchen

E

(65) Die Bedenklichkeit, welche L. 15. D. *Ratam rem hab.* und L. 6. C. *de Compensat.* in dieser Hinsicht veranlassen sollen, ist sehr weit hergehohlt. FABER *Rational.* ad L. 6. D. de Compensat. VOET *Comment.* in Pand. Tit. de Compensation. §. 13.

(66) L. 6. D. *de compensat. Etiam quod natura debetur, venit in compensationem.* VINNIUS Select. quæst. Lib. 1. c. 49.

(67) Offenbar unrecht ist es aber, wenn sogar einige Rechtslehrer solche Ansprüche, welche bloße Liebespflichten zum Vorwurf haben, zum Zweck der Compensation hinreichend halten. Z. B. Die vermeinte Verbindlichkeit eines Erben, dasjenige zu erfüllen, was der Erblasser ihm in einer zu Recht nicht bestehenden Verordnung auferlegt hat. *Pet.* BELLOII Disp. *de Compensationibus* beim MEERMANN Thesaur. Tom. IV. p. 733. b. *Hugo* DONELL Commentar. iur. ciu. Lib. XVI. c. 15. p. m. 676. Man sehe dagegen SCHULTING de obligatione naturali Cap. 12. fin. HUBER Digress. Justin. Lib. 4. c. 34. f.

chen die Civilgesetze nicht alle rechtliche Wirkung ausdrücklich versagt haben (68). Von zweien Lehrsätzen, welche bei dieser Gelegenheit in den Schriften der Rechtsgelehrten vorkommen, habe ich mich indeß noch nicht überzeugen können. Der erste ist, daß derjenige, welcher an Personen, die noch unter der väterlichen Gewalt standen, Geld geborgt hat, dieser Forderung wegen sich nicht auf eine Compensation berufen dürfe, wenn der Schuldner ihn etwa belangen sollte (69). Dieser Satz hat freilich schon seine Gegner gefunden (70). Der zweite ist, daß eine Forderung, welche binnen der gesetzlichen Verjährungs-Zeit nicht eingeklagt worden ist, in der Folge auch zur Compensation mit einer nachhin entstandenen Schuld nicht mehr gültig sei (71). Daß jemand

(68) Hoepfner theoret. pract. Commentar §. 979. HELLFELD iurisprud. forens. §. 929. VINNIUS Select. Quæst. Lib. I. cap. 49. p. m. 308.

(69) MENCKE *ad Pandect.* Tit. ad Senat. Cons. Macedon. §. 6. VINNIUS a. a. O. LAUTERBACH. Coll. th. pr. XVI. 2. 18.

(70) Hoepfner a. a. O. COCCEII iur. controv. Tit. ad Senat. cons. Maced. Quæst. 7. TITIUS iur. priu. Lib. 5. Cap. 13. §. 18.

(71) TITIUS l. c. §. 37. LEYSER Spec. 174. Corollar. MOLLENBEC Thesaur. XVI. 2. 101. M. G. WERNHER lectiss. comment. ad Pandect. Tit. de compens. §. 13.

mand diesen Satz etwas genauer untersucht und widerlegt habe, ist mir nicht bekannt, daß er aber zu widerlegen sei, davon bin ich überzeuget. Zu mehrerer Deutlichkeit setzen wir den Fall: Titius ist Mevio hundert Thaler schuldig. Der Gläubiger läßt die gesetzliche Frist von dreißig Jahren verstreichen, ohne sein Recht zu verfolgen. Hierauf erhält Titius an ihn eine Forderung von hundert Thalern, und klagt auf die Bezalung derselben. Kann nun Mevius wegen jener Schuld die Compensation vorschützen, oder steht ihm die Verjährung entgegen? Um dieß gehörig zu beantworten, frage ich vor allen Dingen, ob die Verjährung auch die natürliche Verbindlichkeit des Schuldners aufhebe? Dieß läßt sich der Regel nach wol nicht bejahen; zum Ueberfluß beziehe ich mich auf dasjenige, was ich hierüber bereits in einer andern Schrift gesagt habe (72); und füge hier nur noch hinzu, daß bei einem jeden Zwangsrechte eigentlich zwei Stücke in Betrachtung kommen: a) das Recht oder die Forderung selbst; b) die Befugniß dieses Recht vor Gericht zu verfolgen (73). Zu dem Letztern gehört

(72) Meine Systemat. Entw. der Lehre von d. natürl. Verbindl §. 92.

(73) G. L. Boehmer princip. iur. can. §. 706. in den Worten: Cum *iuris* persequendi causa iudicium suscipatur: in omni iudicio

hört die Klage, welche daher auch von den römischen Rechtsgelehrten dahin erklärt ward: actio est *ius persequendi* in iudicio quod nobis debetur. Diese Befugniß zu klagen ist nun nach Vorschrift der Gesetze an sich immer an eine gewisse bestimmte Zeit, binnen welcher sie nur ausgeübt werden kann, gebunden — ein ius temporarium, welches nach Ablauf der gesetzlichen Zeit an sich aufhört. Daher præscriptio S. exceptio temporis; welche aber lediglich nur diejenige Rechtsverfolgung ausschließt, welche die Gesetze an eine bestimmte Zeit gebunden hatten — nicht das Recht oder die Forderung selbst aufhebt, sondern nur die Befugniß, den Anspruch vor Gericht zu verfolgen, nach dem die gesetzliche Dauer der Klage verstrichen ist. Hieraus läßt sich beurtheilen, in wie fern man mit einem der vorzüglichsten Rechtsgelehrten unsers Zeitalters sagen könne: Tribuit hæc præscriptio liberationem *a debito*; ac proinde exceptionem ad *excludendum ius agendi* (74). Das Letztere ist sehr richtig; das Erstere aber kann, in Rücksicht auf die auslöschende Verjährung, wovon hier die

dicio *duplex ius* intelligitur, *alterum* quod persequimur, *alterum* vero virtute cuius illud in iudicio persequimur. Vltimum *actio* vocatur.

(74) Cit. Boehmer §. 677.

die Rede ist (75) nur bei solchen bloß bürgerlichen Verbindlichkeiten, wo die Dauer des Rechts selbst, nicht aber nur der Rechtsverfolgung auf eine gewisse Zeit beschränkt ist (76), angenommen, nicht aber im Allgemeinen als Wirkung der Präscription behauptet werden. Denn diese schließt der Regel nach nur die Klage des Gläubigers aus, weil die Zeit, nach deren Ablauf dem Schuldner die Verjährung zu Statten kommt, lediglich nur der Anstellung der gerichtlichen Klage vorgeschrieben ist. Bloß gegen diese erhält der Schuldner eine Einrede, wie es der Ausdruck præscriptio in dem römischen Gesetzbuche an sich schon mit sich bringt (77); und sämmtliche einzelne Verordnungen über diesen Gegenstand (78) deutlich genug bestimmen. Ist also, der eingetretenen Verjährung ungeachtet, immer noch eine natürliche Verbindlichkeit des Schuldners vorhanden; und haben die Gesetze, in Ansehung dieser Verbindlichkeit, dem Gläubiger nur die Befugniß zu klagen abgespro-

(75) Hoepfner a. g. O. §. 393. u. 1182. f.

(76) Meine Schrift von der natürlich. Verbindl. §. 54. N. 168.

(77) *Joa.* d'AVEZAN de vsucapionib. et præscript. beim *Meermann* Thesaur. Tom. 4. p. 213. a.

(78) Tot. Tit. C. de præscr. XXX. vel. XL. annor.

gesprochen: So müssen ja die übrigen Wirkungen einer natürlichen Zwangspflicht aufrecht bleiben, dergestalt, daß auch insbesondere dem Schuldner nicht freisteht, die obgleich aus einem Irrthum geleistete Zalung wieder zurück zu fordern. (79) Hieraus denke ich, rechtfertigt sich in dem oben angeführten Falle die Compensation von selbst. Diese erfordert, den Gesetzen nach, nichts mehr, als daß eine gegenseitige wirkliche Schuld, wenn gleich nur eine natürliche, nicht klagbare Verbindlichkeit, vorhanden sei. Ist solche erwiesen: So behandeln die Gesetze die Compensation, als eine wirklich geleistete Zalung, und verordnen an mehr, als einer Stelle, daß dasjenige, was von der Zalung überhaupt gilt, auch von der Compensation gelten solle (80), weil die Letztere eben darauf beruhet, daß der Gläubiger durch die Gegenforderung, welche der Schuldner an ihn hat, wirklich dessen schon theilhaftig geworden ist, was er von seinem Schuldner

(79) *Vbi enim in odium eius, cui debetur exceptio datur, perperam solutum non repetitur.* L. 40. D. de condict. indeb.

(80) L. 4. C. de Compensat. Si constat, pecuniam inuicem deberi, ipso iuri *pro soluto* compensationem haberi oportet. So auch L. 4. D. qui potior. in pign. L. 19. D. de lib. causa. L. 15. D. Ratam rem hab.

ner begehren konnte (81). Alle Verbindlichkeiten also, derentwegen die Zurückforderung des wirklich Bezalten nicht Statt findet, (und diese Wirkung hebt ja die Verjährung nicht auf) sind von der Compensation nicht auszuschließen (82). Man hat sich dagegen zwar auf L. 14. D. *de Compensationib.* berufen, wo

 es

(81) Hellfeld iurisprudent. forens. §. 928. in den Worten: Si is, cui debeo, mihi reciproce debet, iniquum foret, si exigere vellem ab altero vt mihi solueret, quum iam penes me habeam, quod debetur, et retinendo, quod debeo, mihi ipsi statim satisfacere possim.

(82) Quamuis in his, quæ *natura* tantum debentur, non detur *actio*, tamen quia iuris gentium sunt, *soluta repeti non possunt*, et eadem quoque ratione compensantur, quum compensatio nil aliud sit, quam retentio. Veluti si nudo pacto mihi debeas inutiliter ago, illud tamen recte compensabitur, *nam* et solutum non repetitur. *Petr.* Belloii de *Compensat.* beim Meermann Thesaur. Tom. IV. p. 733. f. woselbst man überhaupt die Schlußfolge von der unzulässigen Zurückforderung des Bezalten, auf die Zulässigkeit der Compensation, ausführlich durch Beispiele erläutert findet, daher ich die angeführte Stelle zur weiter Nachlese hier wol empfehlen kann. Man sehe auch Faber Rat. ad L. 6. D. de Compens. Voet Comm. ad Pand. d. t. §. 13. Franzke ebendas. n. 12.

es heißt: Quæcunque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non ueniunt. Allein, ohne mich bei den verschiedenen Versuchen aufzuhalten, welche über diese Worte angestellt sind (83), bemerke ich nur, daß das erwähnte Gesetz, wenn es nicht mit einer andern Stelle (L. 6. D. ebendas.) in offenbarem Widerspruch stehen soll, nur von solchen vermeinten Gegenforderungen zu erklären sei, wo das Recht und die Verbindlichkeit selbst durch zerstörliche Einreden aufgehoben wird; nicht aber von solchen Ansprüchen, denen die Gesetze nur keine Klage beilegen, obgleich übrigens Recht und Verbindlichkeit an sich nicht aufgehoben sind. Dieß ist der Analogie des Rechts völlig gemäß; nicht zu gedenken, daß in den Fällen, wo die Gesetze aus einer an sich vorhandenen natürlichen Verbindlichkeit keine Klage gestatten, nach der Sprache des römischen Rechts nicht gesagt werden kann, daß der Anspruch per exceptionem entkräftet werde (84).

Zwei-

(83) MEERM. IV. 733. HUGO DONELL Comment. iur. ciu. XVI. 15. p. m. 697. VINNIUS *Select. quaest. l. c.* FABER Rational. ad L. 14. D. de Compensat. ZOESIUS Comment. ad Pand. d. t. n. 10. FRANZKE ebendas. n. 7.

(84) *Aliud* enim est, de eo debito loqui, quod peti non possit defectu non tam *iuris*, quam

Zweitens. Soll eine Gegenforderung als illiquide zum besonderen Proceß verwiesen werden: So wird vorausgesetzt, daß sie auf Thatsachen beruhe, welche dem Richter noch zweifelhaft sind, und daher einen weitern Beweis erfordern (85). Ist die Entscheidung nur von einer, obgleich äusserst streitigen Rechtsfrage, abhängig: So kann die Sache nicht als illiquid verworfen werden (86), weil eine weitere Ausführung dessen, was die Rechte mit sich bringen, eigentlich keiner Partei obliegt, sondern der Richter selbst solches bestimmen muß. Ueberhaupt aber ist, der Regel nach, der Beklagte gleich dem Kläger zuvörderst mit dem

quam *actionis*, quale est, quod naturaliter tantum debetur; *aliud* vero de eo debito, quod stricto iure *peti* quidem possit, sed non cum effectu propter *exceptionem*, hinc pro *indebito* habeatur. FABER ad L. 6. D. de Compens. Noch ausführlicher hat dieß erläutert VINNIUS a. a. O.

(85) de CANNGIESSER Decis. Hasso-Cassellan. Tom. I. Argum. 103.

(86) Boehmer Consult. et Decis. Tom. I. P. 2. Resp. 101. n. 15. *Henr.* BROCKES Obseruat. select. Argum. 443. *Hugo* DONELL. ad L. vlt. C. de Compensat. n. 6. VINNIUS Select. quæst. Lib. I. c. 50. Das Gegentheil behaupten gleichwol Struben Rechtl. Bed. Th. 3. Nr. 57. LUDOLF Obseruat. forens. Argum. 61.

Beweise seiner Ansprüche zu hören. Die Ausnahme, daß der Beklagte mit seinen Einreden, wenn sie nicht sogleich, da er sie vorbringt, völlig erwiesen sind, abgewiesen wird, findet nur unter folgenden Umständen Statt: 1) wenn an sich schon nach der Natur gewisser Arten des Processes nur solche Einreden, welche sogleich liquide sind, gestattet werden; z. B. im Executiv- oder Wechselproceß; 2) wenn es eine Proceßverhindernde Einrede sein soll, und der Beklagte die Einlassung auf die Klage dadurch abzulehnen sucht; 3) wenn der Einwand noch am Ende des Processes, und um die Hülfsvollnstreckung zu verhindern, vorgebracht wird. Nichts ist indeß gewöhnlicher, zugleich aber auch ungerechter, als daß, ausser diesen Fällen, im ordentlichen Processe von der Regel: illiquidi cum liquido nulla est compensatio, so fort Gebrauch gemacht wird, wenn der Beklagte in der Einlassung zwar die ursprüngliche Richtigkeit der Forderung des Klägers zugiebt, jedoch zugleich dagegen vorschützt, daß solche durch die Compensation bereits ganz oder zum Theil aufgehoben sei. Hier pflegt der Kläger das Geständniß des Beklagten nützlich anzunehmen, und dann darauf anzutragen, daß Beklagter zum Abtrag der zugestandenen, mithin liquiden Schuld verurtheilt, hingegen mit der illiquiden Gegenforderung zum besondern Proceß verwiesen wer-

den

den möchte. Die Gerichte willfahren hierin nicht selten. Da aber das Gesetz, worauf man sich gewöhnlich beruft (87), eigentlich nur den Fall betrift, wenn jemand die Einrede der Compensation nicht gleich zu Anfange des Streits, sondern nach geendigtem Verfahren, da die Sache bereits zum Urtheile, oder gar schon zur Hülfsvollnstreckung gediehen war, erst vorschützen wollte: (88) So muß es ja in andern Fällen, wo der Beklagte diese Einrede zur gehörigen Zeit angebracht hat, bei der Regel und Analogie der Rechte sein Bewenden behalten, daß der Beklagte, er mag im übrigen den Grund der Klage leugnen, oder zugestehen, doch immer erst mit dem Beweise seiner Einreden gehört werden muß, bevor er zur Befriedigung des Klägers angehalten werden kann (89). Gesetzt aber, die Ge-

(87) L. vlt. C. de Compensat.

(88) Ob der Kaiser Justinian in der angeführten Constitution etwas Neues verordnet habe, oder nicht, welches Letztere Cujaz Obseruat. VIII. 16. und mit ihm Walch ad *Hopp. Inst.* IV. 6. 30. behaupten wollen; mag ich hier nicht weiter untersuchen. Die Stellen der Pandecten, worauf der Vater der eleganten Rechtsgelehrten sich beruft, L. 2. u. 22. D. de Compensat. L. 3. D. de Tutel. et rat. distrah. scheinen ihm nicht das Wort zu reden.

(89) *Hugo* Donell ad L. vlt. C. de Compens. verglichen mit Averanio *Interpret. iur.* ciu.

Gegenforderung sei nicht nur an sich gegründet, sondern auch völlig liquid, so kann sie doch Drittens den Rechten nach (90) keine Compensation begründen, wenn sie zur Zeit noch nicht fällig ist, oder in persönlicher Rücksicht der Parteien keine Abrechnung statt findet, imgleichen wenn die Gegenstände der wechselseitigen Forderung ganz verschiedener Art sind. Daher die bekannte Regel: Species cum specie, uel genus cum Specie compensari nequit. (91). Diese

ciu. I. 14. 5. f. VINNIUS Select. Quæst. I. 50. REINHARTH ad Christin. Vol. I. Obs. 69. THOMASIUS ad *Huber*. Prælect. in Pand. XVI. 2. 3. CARPZOV P. I. Const 8. Def. 13. *Fratr.* BECMANNOR. Consil. et Decis. Tom. I. Argum. 34. n. 5. BACHOV ad *Treutler*. Vol. I. Disp. XXV. th. 8. Lit. G.

(90) Ohne Zweifel kann durch Verträge oder letzte Willensverordnungen ein Anders bestimmt werden. Daher die Einteilung in Compensationem *hominis* et *iuris*, *uoluntariam* et *necessariam*. Hoepfner Commen. §. 979. MEERMANN IV. 729. a. *Hugo* DONELL Comm. iur. civ. XVI. 15.

(91) Nam qui pro specie a se petita vult pensare aliam Speciem aut pecuniam sibi debitam aperte postulat, *aliud pro alio pensare id est solvere.* Hoc autem iura non concedunt; ne in vera quidem solutione, multo igitur minus recipiendum est in compensatione, quæ imago tantum est

Diese enthält auch den Grund, warum das Depositum die eigentliche Compensation nicht zuläßt; weil der Depositarius der Regel nach debitor Speciei ist, und eben daher seine Gegenforderung an den Deponenten nicht in Abrechnung bringen kann, gesetzt auch, daß ihm eine Summe

est veræ solutionis. DONELL l. c. Um übrigens die Verordnung in L. vlt. C. de Compensat. und §. 30. J. de action. Wornach auch den dinglichen Klagen die Compensation entgegen gesetzt werden kann, mit der obigen Regel zu vereinbaren, hat angenommen, daß diese Gesetze eigentlich den Fall bezielen, da mittelst der dinglichen Klage nicht so wol eine gewisse bestimmte Sache selbst verfolgt, als vielmehr statt derselben der Werth gefordert wird. Donell a. a. O. u. ad § 30. J. de activa. VINNIUS Comment. ad Instit. ebendas. Allein, da es so ganz ungewöhnlich nicht ist, daß der Ausdruck *compensatio* da gebraucht wird, wo eigentlich das Retentions Recht verstanden werden soll, z. B. L. 18. D. Commodati; So hat die Meinung anderer Ausleger vielen Schein, daß in Rücksicht auf die Dinglichen, und selbst auch die Persönlichen Klagen, welche eine bestimmte Sache, Speciem, zum Vorwurf haben, in jenen Gesetzen das zurückbehaltungs Recht verstanden werde. MEERMANN Thesaur. Tom. IV. p. 731. a. FRANZKE Comm. ad Pand. Tit. de Compensat. n. 12. seq. BACHOV ad TREUSLER Vol. I. Disp. 25. th. 8. lit. C.

Summe Geldes zur Verwahrung anvertrauet wäre (92). Nach der Meinung des Madihn (93) soll der wahre Grund, der unzulässigen Compensation darin bestehen, weil derjenige, dem eine Sache zur Aufbewahrung übergeben ist, immer die liquide Verbindlichkeit auf sich hat, solche, wann es dem Deponenten beliebt, wieder herauszugeben; seine Gegenforderung aber meistens nicht so liquid ist. Dieß scheint mir aber nicht gegründet. Denn auch die Verbindlichkeit des Depositors setzt immer erst voraus, daß die Thatsache worauf sie sich gründet, erwiesen sei. Sie hat also in Ansehung der Liquidanten vor allen übrigen mittelbaren Verbindlichkeiten nichts voraus. Wiederum kann die Gegenforderung an sich ganz klar sein; weßhalb denn die erwähnte Meinung zu der irrigen Vorstellung führen würde, daß der Depositarius, wann er nur seine Gegenforderung sogleich darthun könnte, zur Abrechnung befugt sei. Richtiger ist es daher wol, wenn man den Grund jener allgemeinen Vorschrift so angiebt, wie ihn die Natur des Depositi und der Compensation darstellet. Um

(92) L. 34. §. 4. L. 51. D. de Legat. I. L. 30. ad L. Falcid. Titius iur. priu. Lib. V. c. 13. §. 17. Berger Oecon. iur. Lib. III. Tit. 15. §. 4. 5. Man sehe jedoch Hopp ad §. 30. J. de Actionib.. G. L. Boehmer Elect. iur. ciu. Tom. II. Exercit. 13. §. 8.

(93) Madihn adnot. ad *Mencken.* de act. n. 516.

Um nunmehr die gleich zu Anfange dieser Betrachtung, bemerkte Frage näher zu erwägen, so ist zuvörderst ausgemacht, daß der Beklagte I) wenn seine Gegenforderung, als wirklich ungegründet, verworfen sein sollte, in der Folge gar nicht weiter damit gehört werden könne, weil er die Rechtskräftige Entscheidung wider sich hat. (94) Dieß setzt aber voraus, daß aus dem Urtheile, und dem bisherigen Verfahren der Parteien deutlich erhelle, daß selbst über den Grund, und die Rechtmäßigkeit der Gegenforderung an sich erkannt, und nicht bloß, nach andern bisher bemerkten Verhältnissen, die alleinige Compensations Fähigkeit abgesprochen worden sei. (95) In Zweifelhaften Fällen würde man eher das Letztere, als das Erstere anzunehmen haben, weil die Einreden des Beklagten nur den Zweck haben, die Klage abzulehnen, und in diesem Betrachte die Compensation verworfen werden kann, ohne daß gerade

(94) L. 7. §. 1. D. de Compensat. in den Worten: Si *rationem compensationis iudex non habuerit*, salua manet *petitio;* nec enim rei iudicatæ obstat exceptio. Aliud dicendum, si *reprobauit* pensationem, quasi *non existente debito*; tunc enim rei iudicatæ mihi nocebit exceptio; verglichen mit L. 1. §. 4. de contrar. tutel. L. 8. §. 2. de Negot. gest.

(95) L. 7. §. 4. L. 23. L. 27. L. 30. §. 1. D. de except. rei. iud.

rade ein gänzlicher Ungrund der Gegenforderung solches veranlaßt haben sollte. (96).

II.) Ist hingegen die erwähnte Einrede bloß darum ohne Erfolg geblieben, weil die Gegenforderung nicht liquid war: So sind alle Rechtslehrer zwar darin einig, daß der Beklagte nunmehr sein Recht noch klagend verfolgen könne. Man hat es aber kaum der Mühe werth gefunden, die eigentliche Klage, welche der Beklagte alsdann anzustellen hat, etwas näher zu untersuchen. Donell sagt, daß die nämliche Klage, welche aus der Gegenforderung eigentlich entspringt, hier anzustellen sei (97). Daraus entsteht aber, wie ein Jeder siehet, für den Beklagten der Nachtheil, daß wenn sein Anspruch eine natürliche, nicht klagbare Verbindlichkeit zum Gegenstande hat, ihm der Weg Rechtens so gut als verschlossen sei. (98). Richtiger

(96) Brunnemann ad L. 7. D. de Compensat.

(97) Donell. ad L. vlt. C. de Compensationib.

(98) Alterum incommodum est, quod fieri potest, vt quod debitori debetur, id debeatur tantum *naturaliter*. Compensatione repudiata hoc debito excidit. Persequi enim id debitum non potest, quia naturale est, quod solutum potest retineri, peti autem non potest. Donell ad L. vlt. C. de Compensat. Er scheint aber hiebei seinen sonstigen Grundsätzen nicht getreu geblieben zu sein. Siehe Comment. iur. ciu. XVI. 15. p. m. 702.

tiger und besser kann aber der Beklagte ein anderes Rechtsmittel ergreiffen, und dadurch dem erwähnten Nachtheile entgehen. Wer eine, durch Abrechnung bereits getilgte Forderung, bezalt, kann den Rechten nach das Bezalte als eine Nichtschuld zurück fordern. Was die Gesetze in dieser Hinsicht verordnen (99), ist gerade auch hier vollkommen anwendlich. Denn war die Gegenforderung an sich gegründet: So hatte sie auch in der That den Anspruch des Klägers, samt Allem, was davon abhing, an sich schon ipso iure aufgehoben, obgleich der Richter die rechtliche Wirkung der Compensation wegen ihrer Illiquidität noch nicht eintreten lassen konnte. Anders ist die Regel: liquidi cum illiquido nulla est compensatio, nicht zu verstehen. (100). Sobald also der

F Beklagte,

(99) L. 10. §. 1. D. de Compensat. in den Worten: Si quis igitur compensare potens, soluerit, condicere poterit, *quasi indebito soluto*. Man sehe auch FRANZKE Comment. ad Pand. XVI. 2. 8.

(100) Si constat, pecuniam inuicem deberi, ipso iure pro soluto haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab vtraque parte debetur. Omnino igitur compensatio vim suam retro exserit, ante nempe tempus, quo vel a reo allegatur, vel a iudice comprobatur. *Iudicis sententia non inducit compensationem, sed declarat.* PUFEN-

Beklagte, welcher vorerst dem Kläger die Bezalung leisten muste, in der Folge seine vorgeschützte Gegenforderung rechtfertigen kann: So zeigt sich eben dadurch, daß der Kläger eine bereits aufgehobene und getilgte Schuld entgegen genommen habe. Der Beklagte verfolgt also nunmehr nicht so wol seine vormalige Gegenforderung an sich, denn auch diese ist ja durch die Compensation getilgt, als er vielmehr die bezalte Nichtschuld zurück fordert (101). Hieraus folgt von selbst, daß dem Beklagten die Einrede nicht entgegen gesetzt werden könne, welche sonst Statt finden würde, wenn er selbst aus der etwa nicht klagbaren Gegenforderung hervorginge. Daß L. 51. D. de Cond. indeb.; wo es heißt: ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea, si soluerimus repetere non possumus; hier keine Aenderung mache,

PUFENDORF Tom. I. Observ. 178. Die Meinung Hubers Præl. ad Pand. XVI. 2. 4. daß die Wirkung der Compensation in Ansehung der Zinsen :c. erst von der Zeit, da die Gegenforderung liquid gemacht worden ist, anzurechnen sei, ist der Natur der Sache und der klaren Vorschrift in L. 4. C. de Compens. entgegen.

(101) Nicht sowol condictione indebiti, welche eigentlich eine aus Irrthum geschehene Zalung voraussetzt, als vielmehr condictione sine causa.

mache, bedarf kaum einer Erinnerung, weil daselbst nicht von solchen Zalungen, die Jemand unfreiwillig auf Befehl des Richters hat leisten müssen, die Rede, sondern das Gesetz von dem zu verstehen ist, welcher freiwillig etwas weg gab, was er zurück behalten konnte. In einem andern Gesetze, L. 30. ebendas. wird zwar gesagt: Qui inuicem creditor idemque debitor est, in his casibus, *in quibus compensatio locum non habet*, si soluit, non habet condictionem veluti indebiti soluti, sed *sui crediti petitionem*. Das Letztere setzt freilich eine klagbare Forderung voraus. Allein das Gesetz redet von solchen Fällen: *in quibus compensatio locum non habet*. Das läßt sich aber, wie bereits gezeigt ist, in seinem völligen Umfange von dem Falle nicht sagen, wo der Richter die Compensation nur jetzt, da sie vorgeschützt wird, noch nicht bestättigen, und ihre Wirkung eintreten lassen kann, weil der Grund derselben noch nicht liquid gemacht ist. Ganz anders verhält sich nun die Sache

III.) wenn die Forderung und Gegenforderung, nach vorhin erwähnten Verhältnissen, überhaupt keine Compensation zulassen. Hier kann der Beklagte nicht behaupten, daß der Kläger eine Nichtschuld von ihm erhalten habe, weil keine der beiderseitigen Forderungen die andere aufhebt. Vielmehr bleibt, nach Anleitung der eben

 gedachten

gedachten Vorschrift L. 30. D. de Cond. indeb. dem Beklagten nichts weiter übrig, als die Gegenforderung selbst klagend zu verfolgen, wobei natürlich voraus gesetzt wird, daß sie nicht unter diejenigen Ansprüche gehören müsse, welche den Rechten nach nicht klagbar sind.

Siebente Betrachtung.

Von der Paullianischen Klage in Ansehung einer, zum Nachtheil anderer Gläubiger, geschehenen Verpfändung.

Es geschieht nicht selten, daß ein Schuldner, über dessen Vermögen der Concurß nahe bevorsteht (102), diesen, oder jenen seiner Gläubiger mit Ertheilung eines Pfandrechts, welches derselbe vorher nicht hatte, oder auch, statt der bisherigen Privat-Hypothek, mit einen öffentlichen, oder gerichtlichen Pfandrechte begünstigt. Alsdann entsteht die Frage: ob und in

(102) Ueber den eigentlichen Anfang des förmlichen Concurses verdienen, ausser andern bereits bekannten Schriften, nachgelesen zu werden: C. G de Winckler *Aduersaria iuris iudiciarii in primis quod concursum creditorum.* Lipſ. 1785. Adnot. Ima.

in wiefern die übrigen Gläubiger, nach gemeinen Rechten, (103) befugt sind, dieses Unternehmen mit der Paulianischen Klage anzufechten. Weil nun das Pfandrecht die Befriedigung der Gläubiger sichern soll: So pflegt man hier eben die Grundsätze anzuwenden, welche in dieser Hinsicht von der wirklichen Zalung gelten, folglich den übrigen Gläubigern in Ansehung einer, ihnen nachtheiligen Verpfändung, nur in so fern die Paullianische Klage zu gestatten, als solche wegen einer Bezalung statt findet, welche der Schuldner noch vor Ausbruch des bevorstehenden Concurses geleistet hat. Hievon ist aber klar verordnet, daß der wachsame Gläubiger seine erhaltene Befriedigung, der Regel nach, gegen alle Ansprüche der übrigen Gläubiger sicher behaupten könne, wenn er gleich das Unvermögen des Schuldners, und daß die übrigen Gläubiger darunter leiden würden, recht gut gewußt hätte (104). Nur in dem Falle ist von dieser

(103) Von der besondern Vorschrift, welche hierüber im **Lübeckschen Rechte** enthalten ist, handelt MEVIUS Comment. ad ius Lub. Lib. 3. Tit. 4. Art. 1. wie auch C. F. WINCKLER *Triga Exercitat. ad ius Lubecc.* Kil. 1758. Cap. 1. §. 8. sequ.

(104) Sciendum, Julianum scribere, eoque iure nos vti, vt qui debitam pecuniam recepit, antequam bona debitoris possidean-

Regel keine Anwendung zu machen, wenn die Zalung zum Nachtheile des Fiscus (105) oder eines andern gleichfals vigilanten Gläubigers, welcher bereits rechtliche Mittel zu seiner Befriedigung angewandt hatte, geschehen sein sollte (106). Folglich würde, in der obigen Voraus-

sideantur, *quamuis sciens prudensque soluendo non esse, recipiat*, non timere hoc edictum; sibi enim uigilauit. L. 6. §. 6. 7. L. 24. D. *Quae in fraud. Cred.* L. 21. D. *de peculio.*

(105) Oelze *de creditore sibi vigilante* §. 29.

(106) Dieß fließt theils aus dem Grunde, worauf jene Regel den Gesetzen nach beruhet: *quoniam alii creditores suae negligentiae expensum ferre debent.* cit. L. 24. *Quae in fraud. cred.*; theils haben wir auch bestimmtere Vorschriften darüber: Quid ergo, si quibusdam creditoribus soluit, deinde bona venierint? Si quæratur, an repetitio sit, ex causa id statuendum, Julianus ait, *ne alterius negligentia aut cupiditas, huic qui diligens fuit, noceat.* Quod si vtroque instante tibi gratificatus tutor soluit, æquum esse, aut prius eandem portionem mihi quæri, aut communicandum, quod accepisti, & hoc Julianus ait. L. 6. §. 2. D. de Rebus auct. iud. possidend. Struben rechtl. Bed. Th. I. Nr. 105. *Gottl. Euseb.* Oeltze *de creditore sibi vigilante Jenae* 1770. §. 25. Es werden noch mehrere

aussetzung, auch das Pfandrecht, welches der Schuldner vor Ausbruch des schon bevorstehenden Concurses ertheilt hätte, nur unter eben diesen Umständen anzufechten sein. Wirklich behauptet auch Voet: Creditor, qui vel debitam pecuniam recepit, vel in vetus creditum *pignus* accepit, antequam bona debitoris possiderentur, et antequam *alii neque instarent*, sibi *solui*, vel securitatem præstari curat, neque fraudem facit, neque edictum timere debet, quamuis sciens prudensque debitorum soluendo non esse, id fecerit; Sibi enim vigilauit (107). Er sucht dieß vorzüglich mit analogischen Gründen zu unterstützen. Es verlohnt sich aber nicht der Mühe, solche umständlich zu beantworten; sondern wir wollen lieber die Gesetze selbst reden lassen. In L. 13. D. *Quae in*

 fraud.

rere Ausnamen aufgezählt; wobei wir uns aber hier nicht aufhalten dürfen. Man sehe indeß: C. F. Winckler cit. *Triga Exercitat.* Cap. 1. §. 2. *Alb. Phil.* Frick *de reuocandis tam rebus alienatis, quam nummis solutis, imminenti, aut moto concursus iudicio* Helmst. 1777. §. 13 sequ.

(107) Voet *Comm. in Pand. Tit. Quae in Fraud cred.* §. 18. So auch Leyser *Spec.* 495. *M.* 8. Oelze a. a. §. 26. Frick c. l §. 22. Canngiesser *Decis. Hasso Cassell.* Tom. II. Dec. 232.

fraud. creditor, heißt es: Illud conſtat, eum, qui pignus tenet, hac actione non teneri. Suo enim iure et vt pignus tenet, non rei ſeruandæ cauſa. Hingegen eine andere Stelle lautet dahin: Si cui ſolutum quidem non fuerit, ſed in vetus creditum pignus acceperit, hac actione tenebitur, ut eſt ſæpiſſime conſtitutum. L. 10. §. 13. D. ibid. Von beiden Geſetzen ſagt **Leyſer**: pugna manifeſta videtur, quam tamen componit *Scaeuola* in L. 22. ib. diſtinquendo inter pignorationem fraudulentam, et non fraudulentam. Die Worte des Scävola, worauf ſich Leyſer beruft, ſind dieſe: Quum in vetus creditum vnus creditor pignora accepiſſet, quaero: an in fraudem cæterorum creditorum factum, nullius momenti eſſet? Reſpondit, creditorem non idcirco prohibendum a perſecutione pignorum, quod in vetus creditum, vt obligaretur pactus eſſet, niſi id in fraudem creditorum factum ſit, et ea via iuris occuratur, qua creditorum fraudes reſcindi ſolent (108).

Was

(108) Daß in dieſer Stelle die Worte: niſi id in fraudem &c. &c. nach der Haloandriniſchen Ausgabe dahin zu verbeſſern ſind: niſi id *et* in fraudem &c. &c. hat *Anton* AUGUSTIN. Lib. 3. Emendat & opin. c. 9. richtig angemerkt. Siehe *Everh.* OTTO Theſaur. Tom. IV. p. 1526.

Was nun zuvörderst den anscheinenden Widerspruch anbetrift, welchen Leyser aufzulösen sucht: So haben die Glossatoren bereits angemerkt, daß in der zuerst angeführten Stelle L. 13. D. *quae in fraud. cred.* von einem, zur Zeit des bevorstehenden Concurses erst errichteten Pfandrechte, und ob die übrigen Gläubiger solches anfechten könnten, gar nicht die Rede sei, sondern, daß daselbst nur die verschiedene Wirkung des bloß Prätorischen, und anderer Arten des Pfandrechts bestimmt werde. Die Worte: Suo enim iure et ut pignus tenet, non *rei seruandæ causa*, zeigen das auch deutlich genug. Von jenem bloß Prätorischen Pfandrecht ist aber bekannt, daß wenn auch nur Ein Gläubiger solches bewirkt hatte, es dennoch den übrigen gleichfals zu Gute kam (109). Diese konnten daher von dem immittirten Gläubiger nicht nur verlangen, daß er sie gleichfals zulassen solle, sondern er war auch, wenn er etwa zu ihrem Nachtheil gehandelt hatte, wegen Alles dessen, was auf ihn aus den

 Gütern

1526. Statt der Worte: *et ei via iuris occurratur*, liest Holoander: et sic causa iuris occurrat, womit auch die sogenannte *vulgata*, bis auf das, in derselben nicht befindliche *sic*, übereinstimmt. S. Gebauer *in not. ad L cit.*

(109) L 12. D. *de Reb. auct. iud. possid.* Westphal vom Pfandrechte §. 44. f.

Gütern des Schuldners gekommen war, dem gemeinschaftlichen Interesse der Gläubiger actione in factum verhaftet (110). Ganz anders verhielt sich die Sache, wenn ein Gläubiger etwas von des Schuldners Gütern, woran ihm sonst schon ein eigentliches Pfandrecht zustand, in Besitz erhalten hatte; hier konnten zwar ältere hypothekarische Gläubiger ihr dingliches Recht gegen ihn verfolgen (111); allein das vorhin erwähnte gemeinschaftliche Recht der übrigen Gläubiger fiel hier weg. Sichtlich ist von diesem Falle in L. 13. D. *Quae in fraud. Creditor.* die Rede (112). Davon ist aber wol zu unterscheiden, wenn selbst die Gültigkeit eines vor Ausbruch des Concurses erst errichteten Pfandrechts zur Frage kommt. Dieß ist es, womit sich die beiden andern Gesetze, welche oben angeführt sind, beschäftigen, wie die Worte: Si in *vetus* creditum unus creditorum pignora *accepisset* (113) klar ergeben. In diesen Gesetzen

(110) L. 14. D. eod. L. 9. L. 12. *Quib. ex cauf. in possess. eatur.*

(111) L. 12. pr. D. L. 2. 4. C. *Qui potior. in pign.* Westphal vom Pfandr. §. 149. u. 153. f.

(112) *Robert. Joseph* POTIER *Pandectae Justinianeae in nov. ordin. digest. Tom.* 3. *p.* 197.

(113) Oder wie BRUNNEMANN ad L. 10. §. 13. D.

setzen wird man aber mit keinem Worte auf diejenigen Grundsätze verwiesen, welche unter jenen Umständen von einer wirklich geschehenen Bezalung gelten, sondern es wird dem Pfandrechte überhaupt die Gültigkeit abgesprochen, wenn es in fraudem cæterorum *creditorum* ertheilt worden ist, also nicht bloß creditorum aeque, vel magis *vigilantium*, wie solches bei der Zalung eintreten muß, wenn sie soll angefochten werden können. Man vergleiche auch im Ganzen nur die Gesetze, welche von der, vor dem wirklichen Ausbruch des Concurses geleisteten Zalung handeln, mit den angeführten Stellen von der Verpfändung, und man wird sich bald überzeugen, daß diese ganz anders, als jene zu behandeln sei. Vielleicht ist aber hier noch ein Unterschied zu machen, ob der begünstigte Gläubiger, die schlechten Vermögens-Umstände des Schuldners gekannt, mithin an dessen Absichten, die übrigen Gläubiger zurück zu setzen, Antheil genommen habe oder nicht. Daß im ersten Falle die geschehene Begünstigung als ungültig angefochten werden könne, hat weniger Bedenken (114).

Ich

D. *Quae in fraud. Cred.* sich ausdrückt: quam in vetus debitum chiragraphari-um, quod sine men ione pignoris contractum erat, pignus obligatur.

(114) L. 6. §. 8. D. *Quae in fraudem creditor.* Argum L. 4. §. 31. siv. D. *de Doli mali & met. except.*

Ich glaube aber auch selbst in dem zweiten Falle, daß dolus debitoris allein schon hinreichend sei, um das Nämliche zu behaupten; weil 1) die oben angeführten Gesetze überhaupt bestimmen, daß das Pfandrecht nicht bestehen soll, sobald es in fraudem creditorum ertheilt worden ist, wobei jedoch einer Theilnehmung des Gläubigers an der gefährlichen Absicht des Schuldners gar nicht erwähnt wird; 2) Obgleich einem Gläubiger frei steht, seine Befriedigung, da er sie mit vollkommenen Rechte fordern konnte, selbst von einem, bereits insolventen Schuldner entgegen zu nehmen. So erklären doch die Gesetze alles dasjenige, was der Schuldner dem Gläubiger bewilligt, ohne daß ihm dazu eine Zwangpflicht obliegen sollte, als eine, in Ansehung der übrigen Gläubiger ganz unbefugt ausgeübte Freigebigkeit, durchaus für ungültig (115). Dahin

(115) Dieß bestätigt L. 10. §. 12. D. *Quae in fraud. cred.* Si, cum in diem mihi deberetur, fraudator præsens soluerit, dicendum erit, in eo, *quod sensi commodum in repraesentatione*, (d. i. der anticipirten Zalung) in factum actione locum fore. Gleich darauf folgen die Worte: Si cui solutum quidem non fuerit, sed in vetus creditum pignus acceperit, hac actione tenetur &c. &c. woraus deutlich genug erhellet, daß diese Begünstigung aus gleichen Gründen zu beurtheilen sei.

hin gehört nun unstreitig die Handlung des Schuldners, wenn er denen, die ohne Pfand, oder wenigstens ohne Gerichtliche Hypothek von ihm zu fordern hatten, nullo iure cogente, diese vorzüglichern Rechte bewilligt; folglich kommt es den Gesetzen nach, nicht darauf an, ob diese Gläubiger um die Gefährde mit gewußt haben oder nicht (116). Wie denn auch 3) in den Rechten überdem die ausdrückliche Vorschrift enthalten ist, daß, wenn der Schuldner bei Ertheilung des Pfandrechts gegen Andere betrüglich gehandelt haben sollte, dieses auch dem Pfandgläubiger mit Recht entgegen gesetzt werden könne (117). In Ansehung der öffentlichen Hypotheken, womit der Schuldner Einen oder den Andern, zum Nachtheil der übrigen Gläubiger versorgt hätte (118), kommt noch insbesondere 4) hinzu, daß der ganzen Absicht dieser beglaubigten Hypotheken, imgleichen der gerichtlichen Pfandbücher nichts mehr

(116) L. 6 §. 11. D. *Quae in fraud. Credit.* L. 4. §. 29. *de doli mali & met. except.*

(117) L. 4 §. 30 D. ibid.

(118) Ueber die Zuläßigkeit der Paullianischen Klage in diesem Betrachte. Siehe *Gust. Bernh.* Beckmann *de debitore obaerato in praeiudicium creditorum non adquirente* Goett. 1774. p. 7. Brunnemann ad L. 10. D. *Quae in fraud. creditor* n. 18. f. Berlich P. 1. Decis. 118.

mehr zuwider sein kann, als wenn sogar der öffentliche Glaube dazu gemißbraucht werden dürfte, um die Unternehmung eines insolventen Schuldners, zum Nachtheile seiner Gläubiger, zu decken (119), da es doch vielmehr 5) eine unläugbare Pflicht der Richter und Obrigkeiten ist, die gerichtliche Bestätigung der Hypotheken, oder deren Aufname in öffentliche Pfandbücher zu versagen, sobald irgend ein gegründeter Verdacht der Unzulänglichkeit des Vermögens und damit verbundenen betrüglichen Absicht vorhanden ist (120).

Achte

(119) Repertum enim hoc est, aduersus *fraudes*, ne eadem res sæpius obligetur pluribus & ne, vt proh dolor sæpius fit, creditores pro suis nummis fraudes & elusiones recipiant. MEVIUS *ad Jus Lubec.* P. III. Tit. I. Art. 6. n. 4. CLAPROTH iurisprud. extraiud. §. 25. ERXLEBEN *de pignorib.* § 56.

(120) J. G. KRAUSE Diss. *de Requisitis hypothecae conuentionalis* Vitembergæ 1714. §. 14. MEV. *ad ius Lubec.* c. l. *J. H.* BOEHMER *de praerogatiua hypothecarum public.* Cap. 2. §. 12. in dessen *Exercitat. ad Pand.* Tom. 3. p. 971; woselbst auch mit Recht behauptet wird, daß gegen die Obrigkeit, welche hierin ihre Pflicht nicht erfüllet, von dem Gläubiger der darunter leidet, mittelst der actionis in factum der Regreß genommen werden könne. Noch ausführl

Achte Betrachtung.

Beitrag zu der Lehre, daß der Dolus des Käufers den Uebergang des Eigenthums der verkauften Sache hindere, und den Verkäufer berechtige, die verhandelte Sache mittelst der Eigenthums Klage zu verfolgen.

Ein Kaufmann zu Bremen empfing in den ersten Tagen des März Monats 1785 von gewissen Handelsleuten zu Rotterdam eine Quantität Waaren, welche er bereits im October 1784 käuflich verschrieben hatte. Gleich nach dem Empfang verhandelte er diese Waaren am 9ten März 1785 an einige seiner nahen Anverwandten, und kam darauf am 19ten desselben Monats mit der gerichtlichen Erklärung ein, daß er unvermögend sei, seine Gläubiger sämtlich

führlicher handeln davon *Jac. Gottl.* Sieber Diss. *an ex confirm: hypothecae index ad id, quod interest teneatur* Gœtt. 1758 §. 10. 13. *Joa. Frid.* Wahl *de validitate & effectu reservationis dominii & hypothecae in securitatem residui pretii* Gœtt. 1753. §. 16. J. H. Boehmer *Consult. & Decis.* Tom. II. P. II. Dec. 1254 und 1256.

sämtlich zu befriedigen. Dieß veranlaßte die zuerst gedachten Verkäufer, die verhandelte Waaren von den anderweitigen Besitzern derselben aus einem gedoppelten Grunde mit der Eigenthums Klage zurück zu fordern; einmal, weil der Schuldner das ihm nicht creditirte Kaufgeld nicht bezalt, vielmehr zweitens bei seinem bereits verfallenen Vermögens Umständen, offenbar betrüglicher Weise, die Kläger um das Ihrige zu bringen gesucht, folglich, den Rechten nach, das Eigenthum der Waaren, wenn sie ihm auch auf Credit verkauft wären, dennoch nicht erhalten, noch solches gültig auf die Beklagten gebracht habe. Das Obergericht der Kaiserlichen freien Reichsstadt Bremen erkannte die Beklagten zur Herausgabe der Waaren schuldig; welches Urtheil in der Revisions Instanz von der hiesigen Facultät bestätigt ward. Es ward den Klägern zuvörderst zwar die bekannte Regel: Hand muß Hand wahren entgegen gestellet. Allein da die Statuten der Stadt Bremen, worauf die Beklagten sich bezogen (121), jene Regel nicht im Allgemeinen zur Vorschrift machen, sondern lediglich nur die Rechte des Handhabenden Pfandes dahin bestimmen, daß der besitzende Gläubiger den Vorzug haben soll: So

(121) Statuten der Stadt Bremen Ordel. 51. beim Pufendorf *Observat.* Tom. 2. App. pag 88.

So konnte dieses auf den gegenwärtigen Fall nicht angewandt werden, weil bekanntlich von jenem Grundsatze heutiges Tages nur in so- fern Gebrauch zu machen ist, als entweder bestimmte Gesetzliche Vorschriften, oder ein aus- gemachtes Herkommen denselben noch bestätigen. Ausserdem wird billig den, die Rechte des Ei- genthümers begünstigenden Vorschriften des ge- meinen Rechts, nachgegangen (122). Das Vorgeben der Kläger, daß sie dem Schuldner die Waaren nicht auf Credit verhandelt hätten, war nun freilich nicht gegründet. Schon der Umstand, daß sie seit 18 Jahren mit dem Schuldner auf Credit zu handeln gewohnt ge- wesen waren, gab auch hier eine starke Vermu- thung wider die gedachte Behauptung an die Hand (123); und mehrere Gründe setzten end-

G lich

(122) AYRER *Different. iur. Rom & German. circa pignus* §. 27. HEINECCIUS *elem. iur. Germ.* Lib. 2. Tit. 13. § 384. GUNDLING *de rei vind. ex iure Rom. & patrio;* Cap. 2. §. 13. CARPZOV P. 2. *Const.* 26. Defin. 5. *Sim. van* LEUVEN *Censur forens.* Lib. 4. Cap. 7. §. 15. Westphal rechtliche Abhandl. von den Fällen, wo der Eigenthümer seine, in die Hände eines Dritten gerathene Sachen gar nicht, oder nicht unentgeltlich wieder fordern kann. Halle 1788.

(123) L. 12. D. *de pignerat. act.* L. 13. §.

1.

lich das Gegentheil völlig ausser Zweifel. Richtiger war der zweite Grund, wodurch die Verkäufer das ihnen verbliebene Eigenthum zu rechtfertigen suchten. Denn, da der Beklagte wenige Tage vorher, ehe er sich gerichtlich insolvent erklärte, die Waaren entgegen genommen, mit seinen nahen Anverwandten einen Handel darüber geschlossen, und seinen Verkäufern das leere Nachsehen gelassen hatte: So zeigte sich hier ein solcher dolus des Käufers, daß, wenn ihm gleich das Kaufgeld creditirt worden, dennoch unter solchen Umständen das Eigenthum der Waaren auf ihn nicht übergehen konnte (124). Doch äusserte sich hiebei noch

D. *de vsur.* L. 21. §. 1. *Qui Testam. fac. poss.* L. 50. §. vlt. D. *de Legat I.*

(124) L. 7. pr. D. *de dolo malo.* L. 3. D. *de pignerat. act.* L. 16. §. 1. *de Minorib.* L. 3. §. fin. D. *pro Soc.* Obgleich einige Rechtslehrer dafür halten, daß vermöge L. 10. C. *de rescind. emt. vend.* der Verkäufer nicht berechtigt sey, in solchem Falle die bereits übergebene Sache von einem Dritten zu vindiciren, sondern, daß er sich wegen des Betrugs nur an den Käufer halten könne. LAUTERBACH coll th. pr. *Tit. de dolo malo* §. 6. STRUV *Syntagm. iur. ciu.* ib. §. 30: So wird doch von andern das erwähnte Gesetz der Analogie gemäß nur von den besondern Fällen verstanden, wo entweder der dolus *incidens* den

noch eine Bedenklichkeit, deren nähere Betrachtung vielleicht einen nützlichen Beitrag zu dieser Materie liefern dürfte. Die betrügliche Absicht des Käufers kann daraus noch nicht allein gefolgert werden, daß er zur Zeit des

den Contract an sich nicht aufhebt, oder wegen einer, bei dem Kaufcontract etwa angebracht gewesenen Stipulation, das Geschäft als *stricti iuris* zu behandeln, folglich an sich nicht null und nichtig war. Cocceii *iure controv. Tit. de dolo malo* Quæst. 4. *J. H.* Boehmer *introd. in ius Digest* d. t. §. 5. J. F. Ludovici Diss. *de dominio ex contractu doloso non translato* §. 29. Daher auch mehrere angesehene Rechtslehrer einstimmig dafür sind, daß, wenn der Käufer, so wie oben erwähnt ist, betrüglich zu Werke gegangen sein sollte, der Kauf nicht nur ganz rückgängig werde, sondern auch der Verkäufer das Recht erhalte, seine Sache von jedem dritten Besitzer zu vindiciren. Voet *Comment.* ad Pand. *Tit. de rei vind.* §. 14. Mev. P. 6. Dec. 193. n. 13. Carpzov P. I. Const 28. Def. 18. 19. C. F. Winckler *Triga Exercitat. ad ius Lubec. Exercit.* 1. §. 11. Berger *Oecon. iur.* Lib. 2. Tit. 2. §. 18. n. 4. Harprecht *de rerum, decoctori vel decoctionis candidato uenditarum vindicatione. Joa. Godofr.* Bauer *de vindicatione rei venditae & traditae in Opuscsulis* T. I. p. 274.

geschlossenen Kaufs ausser Stande war, seine sämtlichen Gläubiger zu befriedigen (125); indem es mit einem solchen Unvermögen, an sich betrachtet, gar wol bestehen kann, daß ein Schuldner entweder bona fide seinen Vermögens-Zustand größer, als er war, geglaubt, oder auf eine Verbesserung seiner Umstände, auf einen, selbst mit der gekauften Waare zu machenden Gewinn, gerechnet, folglich, die Absicht, den Verkäufer zu betrügen, nicht gehegt habe. Die Rechtsgelehrten wollen daher auch diese unlautere Absicht des Käufers nur in dem Falle vermuthet wissen, wenn er Waaren borgt, und gleich darauf Concurß macht. Nun hatte aber der Schuldner bereits im October 1784 die Waaren verschrieben, und erst im März 1785 den Verfall seines Vermögens angezeigt, folglich war es nicht ausgemacht, daß er schon bei Schliessung des Handels seine Verkäufer hinterlistig verleitet habe. Allein desto sicherer konnte man, nach den oben angeführten Thatsachen, behaupten, daß der Schuldner zu der Zeit, als er die Waaren zu sich nahm, und in der Eile an seine Anverwandten überließ, von einer betrüglichen Absicht gegen seine Verkäufer nicht frei zu sprechen sei. Nun ist aber bekanntlich ein Käufer nur von der Zeit, da ihm die verkaufte

(125) Wernher P. 4. Obs. 226. Stryck Diss. *de fide habita* C. 4. n. 20.

kaufte Sache wirklich übergeben worden, als Eigenthümer derselben zu betrachten. Handelt er daher bei diesem Vorgange arglistiger Weise gegen den Verkäufer: So verliert auch die Uebertragung des Besitzes ihre rechtliche Wirkung; weil das Eigenthum, welches der Käufer dadurch erlangt haben will, eine rechtmäßige und freiwillige Uebergabe voraussetzt, womit aber nicht bestehen kann, wenn ein Dolus des Käufers bei seiner Erlangung des Besitzes zum Grunde liegt. Die Gesetze erfordern daher auch ausdrücklich zur Uebertragung des Eigenthums, daß der Käufer nicht nur zur Zeit des geschlossenen Handels, sondern auch alsdann, wenn die Uebergabe erfolgt, ohne Gefährde gehandelt haben müsse (126); und da also in diesem Betrachte der Schuldner das Eigenthum der Waaren nicht an sich gebracht, folglich auch die Beklagten solches von ihm nicht erhalten hatten: So war die von den Verkäufern angestellte Eigenthums Klage allerdings gerecht.

(126) L. 7. §. 16. 17. D. de *public. in rem act.* L. 10 pr. D. de *usucap. & usurpat.* L. 2. §. 3. & 5. D. *de doli mali & met. except.*

Neunte Betrachtung.

Einige Zweifel gegen Schmidts Theorie von der verschiedenen Wirkung der sogenannten condictionis ex chirographo, und der aus einer Handschrift angestellten Executivklage.

Die Grundsätze, welche dieser Gelehrte über den bemerkten Gegenstand vorträgt, (127) scheinen mir sehr bedenklich. Er geht von der Behauptung aus 1) daß nach Ablauf der gesetzlichen Zeit, die über das Darlehn, oder Heiratsguth ausgestellte Handschrift, dergestalt gegen den Aussteller, und dessen Erben, beweise, daß der Beklagte, wenn er auch das Gegentheil darthun wollte, gar nicht weiter gehört werden könne; 2) daß man auch schon vor Ablauf der gedachten Zeit aus einer solchen Handschrift executivisch klagen dürfe, und den Schuldner alsdann die Einrede des nicht empfangenen Geldes nicht anders zu Statten komme, als wenn sie sogleich liquid wäre; 3) daß aber, so bald einmal executivisch geklagt worden, die Wirkung der erwähnten

(127) Praktisch. Lehrbuch rc. rc. §. 880 u. 881.

ten Einrede lediglich nur nach dem Verhältnisse ihrer Liquidität, ohne Rücksicht auf das Alter der Handschrift, zu bestimmen sei, dergestalt, daß, wenn auch erst nach Ablauf der gesetzlichen Frist geklagt würde, dennoch der Beklagte mit der Ausflucht des nicht erhaltenen Geldes, allerdings gehört, oder wenigstens ihm vorbehalten werden müßte, sein Recht mit der Widerklage zu verfolgen. Nach diesen Grundsätzen beantwortet der Verf. die Frage: Ob und in wie fern es rathsamer und besser sei, aus einer Handschrift executivisch zu klagen, oder condictionem ex chirographo anzustellen? Nämlich: die Urkunde hat entweder schon das gesetzliche Alter erreicht; oder nicht. Im ersten Falle ist gedachte condictio vorzuziehen, weil der Beklagte dagegen mit der mehrgedachten Einrede gar nicht gehört, ihm auch keine Widerklage deshalb vorbehalten werden darf. Mit der executivischen Klage hingegen würde unter diesen Umständen der Nachtheil des Klägers verknüpft sein, daß der Richter den Beklagten mit solcher Ausflucht zulassen, oder zur Reconvention verweisen müßte. In dem zweiten Falle aber handelt der Gläubiger nicht vorsichtig, wenn er condictionem ex chirographo anstellet, weil, so lange die in den Gesetzen bestimmte Zeit noch nicht verstrichen ist, der Kläger die wirkliche Auszalung des Geldes auf andere Art beweisen müßte. Hier wäre also die executivische Klage rathsamer, weil sie die Einrede

rede des nicht gezalten Geldes nicht anders zuläßt, als wenn der Beklagte solche sogleich liquid machen kann. — Nach meiner Ueberzeugung enthält diese Theorie eines theils in den Praemissen Manches, dem ich nicht beipflichten kann, und andern theils, wenn man auch darüber mit dem Verf. nicht streiten wollte: so scheint mir doch die Schlußfolge unrichtig. Ich glaube wenigstens 1) daß auch, nach Ablauf der gesetzlichen Zeit, die Zulässigkeit der Einrede des nicht bezalten Geldes, im Fall nämlich der Beklagte den Beweiß zu führen bereit, und im Stande ist, sich wol behaupten lasse, und zwar nicht bloß als eine angenommene Meinung der Gerichte und praktischen Rechtsgelehrten, sondern nach wahren theoretischen Gründen. Denn aus der Vergleichung der L. 14. C. *de non numerata pecunia* mit einigen ältern Gesetzen, *L. un. C. Hermogen. de cauta & non numerata pecun.* und *L. un. C. Theodos. Si certum petat.* welche der Kaiser Justinian durch jene Verordnuug anders bestimmt hat, erhellet deutlich genug, daß die mehrgedachte Einrede nur in dem Verhältnisse, an einen gewissen Zeitraum gebunden worden ist, wenn sie die Wirkung haben soll, daß die Handschrift gegen den Beklagten noch nichts beweise. Man hat aber ohne Grund die Verordnung Justinians auf den Fall ausgedehnt, wo der Beklagte selbst, um die Beweißkraft der Handschrift abzulehnen, das Gegentheil ihres Inhalts

halts darthun will (128). Mir scheint auch 2) die Meinung anderer Rechtsgelehrten sehr gegründet, daß der Executiv-Proceß (129) die Einrede des nicht bezalten Geldes nicht ausschliesse, sondern vielmehr so lange suspendirt werden müsse, bis dieser Einrede abgeholfen worden (130); weil die Handschrift, vor Ablauf der gesetzlichen Zeit, gegen den Beklagten nicht völlig beweiset, folglich dem Anspruche des Klägers diejenige Liquidität nicht giebt, welche der Executiv-Proceß doch erfordert. Alles dieses nun auch bei Seite gesetzt: So ist doch 3) wie gesagt, die Schlußfolge, welche der Verfasser aus seinen Prämissen herleiten will, nicht füglich zu billigen. Denn da er selbst an-

(128) Bündiger kann dieß nicht ausgeführt werden, als in der bereits oben angeführten Abhandlung des C. A. von Braun beim Siebenkees Jurist. Magazin 1 Th. Seite 216.

(129) Ein Anderes ist, wenn von eigentlichen Wechseln, und dem Wechselprocesse die Rede ist. Siehe Fratr. BECMANNORUM Consil. & Decis. Tom. 1. Argum. 38. n. 31. f. Ludovici Wechsel-Proceß Cap. 11. §. 27. SCHAUMBURG *princip. prax. iud. Lib.* 2. c. 3. §. 14. n. 5.

(130) MÜLLER ad Struv. *Exercit.* 25. th. 45. lit. a. BRUNNEMANN ad L. 5. C. *de non num. pecun.* n. 4. RICHTER Dec. 21. n. 24. WERNHER Tom. 3. P. 1. Observ. 46.

annimmt, daß gegen eine Handschrift, welche über das gesetzliche Alter hinaus ist, gar keine Einreden, oder Querel des nicht empfangenen Geldes mehr Statt finde; wenn auch der Aussteller den Beweis davon übernehmen wollte: So kann er ja ohne Widerspruch nicht behaupten, daß der Richter nach dieser Zeit, wenn executivisch geklagt wäre, die gedachte Einrede entweder zulassen, oder doch wenigstens dem Beklagten die Widerklage wegen des nicht empfangenen Geldes vorbehalten müßte. Unmöglich kann der Executiv-Proceß die ganz besondere Wirkung haben, daß dem Beklagten Ausflüchte zukommen, oder Widerklagen zugestatten sind, welche ihm, nach des Verfassers Meinung, bereits die Gesetze selbst versagt haben.

Druck-

Druckfehler.

Seite 3. Zeile 17. Statt Duven lies Duaren.

— 5. — 5. — erhalten — enthalten.

— 11. — 21. — Sederit — Sed erit.

— 21. — 11. — Vertrag — Vortrag.

— 78. — 11. — Depositors lies Depo⸗
sitars.

— ⸗ — 13. — Liquidanten lies Liqui⸗
ditant.

Von

Von der Bödnerschen Buchhandlung zu Schwerin und Wismar, sind folgende Schriften des Herrn Doctor Webers, Professor zu Kiel, verlegt, und um beigesetzte Preise zu haben.

Reflexionen zur Beförderung einer Theorie vom Gebrauch des römischen Rechts. 8. 1782. — 4 Ggr. —

Beiträge zu der Lehre vom stillschweigenden Konventionalpfandrecht. 8. 1783. — 7 Ggr. —

Commentatio de usuris indebite solutis earumque tam repetitione quam in sortem imputatione. 8. 1783. — 5 Ggr. —

Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung, 3 Abtheilungen. 8. 1784-787. 1 Rthlr. 5 Ggr. —

Ueber die Proceßkosten, deren Vergütung und Compensation. 8. 1788. — 6 Ggr. —

Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 8. 1789. — 5 Ggr. —

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Weber, Adolph Dietrich,

Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden

Schwerin u.a. 1789

J.pract. 315
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10554838-7
VD18 14765993-001